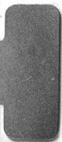
# TRAITÉ DES ACTIONS, OU EXPOSITION HISTORIQUE DE...







# TRAITÉ
# DES ACTIONS.

II.

Paris. — Imprimerie et Fonderie de Rignoux, rue Monsieur-le-Prince, 29 *bis*.

# TRAITÉ
# DES ACTIONS

OU

## EXPOSITION HISTORIQUE
## DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE
## ET DE LA PROCÉDURE CIVILE
## CHEZ LES ROMAINS.

PAR L. B. BONJEAN,

Docteur en Droit,

Avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de Cassation.

---

*SECONDE ÉDITION,*

ENTIÈREMENT REFONDUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE.

TOME DEUXIÈME.

PARIS.

VIDECOQ PERE ET FILS, ÉDITEURS,

PLACE DU PANTHÉON, 1.

1845

# TABLE

## DES DIVISIONS ET SUBDIVISIONS DU TOME SECOND.

# LIVRE TROISIÈME.

## DES DIVERSES ESPÈCES D'ACTIONS CONSIDÉRÉES CHACUNE EN PARTICULIER.



## CHAPITRE PREMIER.

### ACTIONS PROPREMENT DITES.



## PREMIÈRE DIVISION.

### Actions civiles. — Actions prétoriennes.

## IIe DIVISION.

Actions qui valent par elles-mêmes.— Actions fictices.



## IIIe DIVISION.

Actions directes.— Actions utiles.



## IVe DIVISION.

Actions *in jus*. — Actions *in factum*.



## Ve DIVISION.

Actions réelles.—Actions personnelles.—Actions mixtes.

## II. *ACTIONS PERSONNELLES* (IN PERSONAM).



## I. *ACTIONS MIXTES* (TAM IN REM QUAM IN PERSONAM).



---

## VI[e] DIVISION.

### Actions préjudicielles (*præjudicia*).

## VII^e DIVISION.

### Actions *rei persequendæ, pœnæ persequendæ* et *mixtæ*.



## VIII^e DIVISION.

### Actions au simple, au double, au triple, au quadruple.



## IX^e DIVISION.

### Actions de droit strict, de bonne foi et arbitraires.



## X^e DIVISION.

### Actions perpétuelles. — Actions temporaires.



## XI^e DIVISION.

### Actions transmissibles et actions non transmissibles aux héritiers.

## XII^e DIVISION.

Actions noxales et actions *quod jussu, institoria, exercitoria, tributoria, de peculio* et *de in rem verso.*



## CHAPITRE DEUXIÈME.

DÉFENSES ET EXCEPTIONS.



## PREMIÈRE DIVISION.

Exceptions *in factum.* — Exception de dol.



## II^e DIVISION.

Exceptions *rei cohærentes* ou *in rem.* — Exceptions *personæ cohærentes.*



## III^e DIVISION.

Exceptions perpétuelles ou péremptoires. — Exceptions temporaires ou dilatoires.

## CHAPITRE TROISIÈME.

### PRESCRIPTIONS.



## CHAPITRE QUATRIÈME.

### INTERDITS.



## PREMIÈRE DIVISION.

### Interdits prohibitoires, restitutoires et exhibitoires.

---

## II[e] DIVISION.

### Interdits simples. — Interdits doubles.



---

## III[e] DIVISION.

### Interdits *adipiscendæ*, *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*.

## CHAPITRE CINQUIÈME.

### DES RÉSTITUTIONS EN ENTIER.

## CHAPITRE SIXIÈME.

### STIPULATIONS PRÉTORIENNES.



## CHAPITRE SEPTIÈME.

### NOVI OPERIS NUNCIATIO.



# LIVRE QUATRIÈME.

## DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS.



## CHAPITRE PREMIER.

### REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

### SECTION I.

*Représentation en partie à l'époque des actions de la loi.*



### SECTION II.

*Représentation judiciaire sous la procédure formulaire.*

## SECTION III.

*Représentation judiciaire au temps de Justinien.*



## CHAPITRE DEUXIÈME.

DES AVOCATS.



# LIVRE CINQUIÈME.

DES VOIES DE DROIT CONTRE LES DÉCISIONS JUDICIAIRES.



I. *APPEL.*

II. *SUPPLIQUE AU PRINCE.*



III. *VOIES DE NULLITÉ.*



IV. *VOIES DE RESCISION.*



V. *REVOCATIO IN DUPLUM.*

# LIVRE SIXIÈME.

## EXÉCUTION FORCÉE DES SENTENCES.



## CHAPITRE PREMIER.

### EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LES DOUZE TABLES.



## CHAPITRE DEUXIÈME.

### EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN.



## CHAPITRE TROISIÈME.

### EXÉCUTION FORCÉE SOUS LES EMPEREURS.

## CHAPITRE QUATRIÈME

EXÉCUTION FORCÉE SOUS JUSTINIEN.



# LIVRE SEPTIÈME.

## PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES OU DE MAUVAISE FOI.



FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND.

# TRAITÉ
# DES ACTIONS.

## LIVRE TROISIÈME.

### DES DIVERSES ESPÈCES D'ACTIONS CONSIDÉRÉES CHACUNE EN PARTICULIER.

§ 258. — Objet de ce troisième livre.

Dans le livre précédent, on s'était uniquement proposé de faire connaître la *marche générale* de la *procédure civile* (1) aux différents âges de la société romaine : on a dû écarter, en conséquence, tous les détails qui auraient embarrassé une exposition déjà assez compliquée par elle-même. Si l'auteur a su atteindre le but, le lecteur doit avoir

(1) On ne s'occupe, dans ce traité, que de la procédure civile : la procédure criminelle sera l'objet d'un traité particulier. Toutefois, pour prévenir tout malentendu, on croit devoir indiquer, dès à présent, quelques-unes des principales différences qui existaient entre ces deux classes de procès.

I. Les *procès criminels* formaient deux classes principales très-distinctes : les *publica judicia* et les *crimina extraordinaria*.

maintenant une image assez vive du procédé judiciaire des Romains, et une notion suffisante des caractères généraux de l'action proprement dite.

---

On sait que les Romains n'avaient aucune institution analogue à notre ministère public, et que la loi s'en remettait au zèle des citoyens du soin de poursuivre les coupables.

On appelait action publique (*publicum judicium*) celle qui pouvait être exercée par le premier citoyen venu : «publica autem dicta sunt, quod *cuivis ex populo* executio «eorum plerumque datur.» (§ 1, Instit., *de Publ. judic.*) Mais c'est là bien plutôt une *étymologie* qu'une *définition ;* car, ainsi que nous allons le montrer en parlant des actions populaires, la circonstance dont le jurisconsulte fait dériver la qualification de *publique*, n'est point exclusivement propre aux procédures auxquelles il l'applique ; et, dans tous les cas, elle n'en donne qu'une notion tout à fait incomplète.

Au reste, la dénomination d'action publique (*publicum judicium*) présentait, à Rome, un sens bien moins étendu que chez nous. Dans le langage de notre droit, cette expression est synonyme d'action ou de poursuite criminelle : toute action publique est une action criminelle, et réciproquement; il n'en était pas ainsi dans le langage des jurisconsultes romains.

On réservait spécialement le nom de *publicum judicium* à la poursuite de certains crimes, pour lesquels des lois particulières avaient établi une juridiction permanente et déterminé une procédure et une pénalité spéciales : «Non «omnia judicia in quibus crimen vertitur publica sunt, «sed ea tantum quæ ex legibus judiciorum publicorum «veniunt : ut Julia *Majestatis*, Julia *de Adulteriis*, Cornelia «*de Sicariis et veneficiis*, Pompeia *Parricidii*, Julia *Pecu-«latûs*, Cornelia *de Testamentis*, Julia *de Vi privata*, Julia «*de Vi publica*, Julia *Ambitus*, Julia *Repetundarum*, Julia «*de Annona*.» (Macer, L. 1, ff., *de Publ. jud.;* Cf. L. 3,

Il faut maintenant pénétrer plus avant dans la nature intime des diverses espèces d'actions. Il faut les considérer, et dans leurs rapports avec les

---

§ 1, *de Prævar.*) — Ces procédures étaient appelées publiques, soit parce qu'elles pouvaient être exercées par le premier venu, *cuivis ex populo* (Justinian., § 1, Instit., *de Public. jud.* — Modestin., L. 30, § 1, ff., *de Leg. Corn. de Falsis*); soit parce que les procès de cette nature étaient jugés, sur l'ordre du peuple, par un grand nombre de jurés qui étaient censés représenter le peuple lui-même, auquel, dans les premiers temps, avait appartenu le jugement des procès criminels.

Pour d'autres crimes, les lois n'avaient déterminé aucune procédure fixe, et la peine était abandonnée à l'arbitraire du juge. Les poursuites de cette nature étaient désignées par les noms de *crimina extraordinaria, cognitiones extraordinariæ.* (Digest., lib. XLVII, tit. XI.) — Les actions criminelles *extraordinaires* différaient des actions criminelles *publiques* non-seulement par l'absence d'une procédure et d'une pénalité fixes, mais aussi parce que, pour plusieurs des *crimina extraordinaria*, le droit de poursuivre n'appartenait pas au premier venu. (Ulpian., L. 3, pr.; Julian., L. 6, ff., *de Sepulcro violato.* — Paul., L. 4, ff., *Expilatæ hered.* — Papinian., L. 1; Ulpian., L. 2, ff., *de Stellionatu.* — Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Pœnis.*)

Les crimes qui étaient poursuivis et punis extraordinairement sont énumérés au Digeste, liv. XLVII, tit. XI à XXII.

Bien que, dans les derniers temps, toutes les procédures criminelles fussent devenues *extraordinaires*, la procédure criminelle conserva le nom de *publicum judicium*, pour tous les crimes à l'égard desquels il avait autrefois existé une procédure publique proprement dite.

II. La *procédure civile* comprenait les actions *privées* proprement dites (*privata judicia*), et les actions *populaires* (*populares actiones*).

droits positifs qu'elles sont destinées à protéger, et dans les formes spéciales auxquelles plusieurs d'entre elles sont assujetties; il faut tenir compte

---

On appelait action *privée* celle qui ne pouvait être exercée que par la partie lésée ou ses héritiers, soit que cette action eût pour objet la réparation simple du préjudice éprouvé par le demandeur; soit qu'elle tendît à faire condamner le défendeur à une peine pécuniaire au profit du demandeur.

D'autres actions dites *populaires* ( *populares actiones* ) paraissent, au premier abord, se confondre avec les actions publiques : comme les actions publiques, elles étaient instituées bien plus en vue d'un intérêt public qu'en vue d'un intérêt privé : « Eam popularem actionem dicimus « quæ jus suum *populi* tuetur. » (Paul., L. 1, ff., *de Popul. actionib.* — Cf. Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de His qui effud.*) Comme les actions publiques, les actions populaires peuvent être intentées par un citoyen quelconque ( Paul., L. 2; Ulpian., L. 3, § 1, ff., *de Popul. actionib.*) : aussi leur donne-t-on quelquefois, mais improprement, le nom d'actions publiques. (Paul., L. 30, § 3, ff., *de Jurejur.*)

Mais, nonobstant ces deux traits généraux de ressemblance, les actions populaires différaient essentiellement des actions publiques proprement dites, et formaient une véritable classe d'actions civiles. Les actions populaires, en effet, étaient portées devant les mêmes tribunaux que les actions civiles ordinaires; elles étaient instruites et jugées dans les mêmes formes; elles tendaient également à une condamnation pécuniaire au profit du demandeur; enfin, une fois la *litis contestatio* consommée, elles perdaient même leur caractère d'actions *populaires* et devenaient la propriété personnelle de celui qui les avait intentées. (Ulpian., L. 12, *de Verb. signif.* — Cf. Paul., L. 7, § 1, *de Popul. actionib.,* et L. 56, § 3, ff., *de Fidejuss.*)

Les principales actions populaires sont : 1° l'action *de*

de la diversité de leur origine, et de celle des sources de droits d'où elles dérivent; il faut enfin reconnaître et expliquer, si faire se peut, eu égard

*Albo corrupto* (Ulpian., L. 7, ff., *de Jurisdict.*); — 2° l'action *de Suspensis* (Ulpian., L. 5, § 13, ff., *de His qui effud.*); — 3° l'action *de Apertis tabulis* (Gaius, L. 25, § 2, *de Senatusc. Silaniano*); — 4° l'action *de Sepulcro violato* (Ulpian., L. 3, § 12; Julian., L. 6; Macer, L. 8 et L. 9, ff., *de Sepulcr. viol.*); — 5° l'action *de Termino moto* (Modestin., L. 1; Callistrat., L. 2 et L. 3, ff., *de Term. mot.*); — 6° enfin, un grand nombre d'actions qui naissent des interdits. (*Voy.* ci-après, le chap. IV de ce livre.)

III. En résumé, les actions civiles sont de deux espèces: les actions *privées* et les actions *populaires ;* ces deux classes d'actions diffèrent entre elles en ce que les unes peuvent être intentées par le premier citoyen venu, tandis que les autres n'appartiennent qu'à une personne déterminée ; mais elles se ressemblent par la procédure, le jugement et le résultat. — Les actions criminelles se divisent aussi en deux genres : les actions *publiques*, dont la procédure et la pénalité sont réglées d'une manière précise par les lois; et les actions criminelles *extraordinaires*, dont la procédure et la pénalité sont abandonnées à l'arbitraire du juge.

Quelquefois, la partie lésée avait le choix entre plusieurs de ces actions.

Ainsi, bien que le vol fût considéré comme un simple délit privé, qui, en général, ne donnait lieu qu'à une action privée ordinaire, au double ou au quadruple; néanmoins, dans certaines circonstances, il pouvait être aussi poursuivi et puni extraordinairement (Ulpian., L. 92, ff., *de Furtis.* — Idem, L. 1, ff., *de Furib. baln.*). — La même remarque est applicable à la corruption d'esclaves (Ulpian., L. 5, ff., *de Extraord. crim.*); à l'injure (Hermogen., L. 45, ff., *de Injur.*); etc.

Ainsi encore, celui qui, malicieusement, a déplacé une

à toutes ces circonstances, et à beaucoup d'autres qu'il est superflu d'énumérer d'avance, les degrés divers de leur énergie coercitive.

---

borne, peut être poursuivi, soit civilement par action populaire, soit criminellement *extra ordinem* ( Callistrat., L. 2 et L. 3, ff., *de Termino moto*). — Il en faut dire autant de celui qui s'est rendu coupable d'une violation de sépulture : il peut être actionné civilement par action populaire, ou poursuivi criminellement *extra ordinem*. ( Ulpian., L. 3, pr., et § 12, ff., *de Sepulcr. violat.* — Paul., L. 11, *eod.*

IV. Les actions publiques différaient presque pour le tout des actions privées. Non-seulement les tribunaux criminels avaient une organisation entièrement distincte de celle des tribunaux civils, mais la procédure était essentiellement différente : « *Publica judicia* neque per actiones «(*formules*) ordinantur, neque omnino quidquam simile «habent cum cæteris judiciis de quibus locuti sumus (c'est-«à-dire les actions privées); magnaque diversitas est eo-«rum et in instituendis et in exercendis.» (Justinian., § 1, Instit., *de Publ. judic.*) — Quintilien confirme cette donnée : «Capitalia judicia habent suam formam, suos judi-«ces, numerum suum, quæsitorem suum, sua nomina... «Quid hic simile (*cum injuriarum actione*)? Aliud genus «actionum...» (Declam. 331.)

V. En terminant cette note, nous dirons que les Romains appelaient délits privés (*privata delicta*) les faits illicites qui ne donnaient, en général, lieu qu'à une action civile, soit *privée*, soit *populaire* : les délits privés sont traités au Digeste, dans les dix premiers titres du livre XLVII. Ils appelaient plus spécialement *crimina* ou *publica delicta*, les faits illicites qui pouvaient être poursuivis criminellement, soit *extraordinairement* (Digest., liv. XLVII, tit. XI à XXII), soit *ordinairement* par une procédure déterminée à l'avance par une loi spéciale (Digest., liv. XLVIII).

VI. En rapprochant les notions qui précèdent des défi-

On a déjà dit que, dans son acception la plus large, le mot *action* comprenait toutes les espèces de droits sanctionnateurs, savoir : 1° les *actions proprement dites*, réelles et personnelles; — 2° les *exceptions*, *répliques*, *dupliques*, etc.; — 3° les *prescriptions;* — 4° les *interdits;* — 5° les *restitutions en entier;* — 6° les *stipulations prétoriennes* (*voy.* § 12) : toutes ces choses étaient, en effet, des moyens juridiques d'*obtenir*, de *recouvrer*, ou de *conserver* la jouissance des avantages qui, à des titres divers, pouvaient appartenir aux citoyens romains. (*Voy.* § 1er.) Mais si, à ce point de vue général, les six classes d'actions qui viennent d'être énumérées paraissent se confondre par l'unité du but, elles diffèrent néanmoins profondément entre elles sous beaucoup d'autres rap-

nitions, si nettes et si bien tranchées, que notre Code d'instruction criminelle a données, soit de l'action publique (ou criminelle), soit de l'action privée (ou civile), on voit combien les mêmes dénominations présentent des significations différentes en droit français et en droit romain, et de quelle précaution il faut user pour transporter dans notre jurisprudence certaines définitions et certaines théories du droit romain.

Sans entrer ici dans des détails qui excéderaient de beaucoup les limites d'une simple note, faisons seulement remarquer que, dans notre droit français, la division en actions publiques et privées est générale, et qu'il n'est aucune action qui ne rentre dans l'une ou dans l'autre catégorie; tandis que, chez les Romains, la même division laissait en dehors et les actions populaires et les procédures criminelles extraordinaires. (Voyez notamment Papinian., L. 1, ff., *Stellion.*)

ports, ainsi qu'on le verra dans la suite de ce livre.

Cette division des droits sanctionnateurs en six classes sera sans doute critiquée : on lui reprochera d'être incomplète et peu philosophique.

Elle est incomplète, en effet; car elle ne comprend ni les voies pour la *réformation* et l'*exécution* des jugements, ni les *peines contre les plaideurs téméraires*, qui sont aussi des moyens de faire respecter notre droit, et qui, à ce titre, rentrent dans l'acception générale du mot *action*.

Elle est peu philosophique; car elle repose bien plus sur les habitudes de langage et de méthode des jurisconsultes romains (1), que sur une observation rigoureuse de la nature absolue des choses. Il eût été facile de trouver des classifications plus conformes à l'esprit de méthode scrupuleuse du temps où nous vivons : on a cru devoir s'en abstenir.

Quelque satisfaisantes que puissent paraître, au premier abord, ces classifications prétendues philosophiques, elles offrent de graves inconvénients pour l'étude du droit romain. Le droit romain n'est point une science à faire, c'est une science faite; ce n'est point un édifice à construire, c'est un monument admirable, mais mutilé, dont il faut retrouver la forme et les proportions à travers les ruines et les ravages des siècles. Aux classifications

(1) *Voy.* le § 12 et les autorités citées en note.

et à la nomenclature reçues par les jurisconsultes romains, substituer d'autres classifications, même plus parfaites, une autre nomenclature, même plus exacte, n'est-ce pas s'exposer de gaieté de cœur à altérer la couleur historique, à fausser le sens des théories qu'on a pour but de mettre en lumière? Et comme, en définitive, il faut toujours en revenir à l'étude des textes primitifs, il arrive nécessairement qu'après s'être formé à grand'peine une langue à part, une langue moderne, si je puis ainsi dire, on se trouve ensuite tout dépaysé dans les écrits des jurisconsultes romains; de telle sorte que ces classifications et ces nomenclatures *perfectionnées*, loin de soulager l'esprit, lui apportent, en définitive, une fatigue et un obstacle de plus.

En parlant ainsi, nous n'entendons pas bannir de l'étude du droit romain la critique et le libre examen, sans lesquels cette étude ne serait plus qu'une science d'antiquaire. Nous croyons, au contraire, que le principal avantage que présente la connaissance du droit romain, est de nous fournir le plus excellent terme de comparaison pour juger et apprécier les théories de la jurisprudence moderne (1). Mais, avant de critiquer, de juger le droit romain, avant d'en faire un terme de comparaison, il faut d'abord le connaître; et, pour le connaître, il faut se placer d'abord franchement, je dirai

(1) Voyez, dans la préface de cet ouvrage, quelques idées sur les avantages que peut présenter, encore aujourd'hui, l'étude du droit romain.

presque *naïvement*, au point de vue des jurisconsultes dans les écrits desquels il est déposé; il faut parler leur langage, s'identifier avec leurs idées : le tour de la critique viendra ensuite.

---

# CHAPITRE PREMIER.

## ACTIONS PROPREMENT DITES.

### § 259. — Points de vue divers sous lesquels a été établie la classification des actions proprement dites.

On entend ici, par *actions proprement dites*, les *formules* dont la nature juridique a été développée au chapitre II du livre précédent (1).

Des trois systèmes de procédure qui furent suc-

---

(1) Voyez principalement § 168 à 180. — Les trois expressions *actio*, *formula*, *judicium*, sont souvent employées comme synonymes; et, de fait, elles désignent également l'acte par lequel le magistrat renvoie les parties devant le juge. Toutefois, quand on étudie avec soin le langage des jurisconsultes, on s'aperçoit qu'ils ne se servaient pas indifféremment de ces trois expressions. — *Formula* s'emploie de préférence quand on considère l'action sous le rapport de son libellé, de sa rédaction. — Le mot *actio* doit être préféré quand on considère l'action sous le rapport du droit qui en résulte pour les parties. — Enfin le mot *judicium* est plus convenable quand on considère l'action comme l'acte qui termine l'instance devant le magistrat, et ouvre le litige devant le juge. Il désigne aussi, par excellence, l'instance devant le juge.

cessivement en usage dans les tribunaux romains, la procédure formulaire mérite surtout de fixer notre attention, non pas seulement parce que cette procédure est certainement la plus rationnelle qui ait jamais existé, mais aussi parce que seule elle peut donner la clef des écrits des jurisconsultes romains; ouvrages vraiment dignes d'admiration, et qui, malgré les inintelligentes mutilations que leur ont fait subir les compilateurs grecs, constituent encore aujourd'hui les modèles les plus parfaits qui puissent être offerts aux méditations des jurisconsultes. C'est donc principalement en se plaçant au point de vue de cette procédure, qu'on va maintenant étudier les diverses espèces d'actions. On aura soin, toutefois, d'indiquer quel sens et quelle valeur pouvaient avoir, sous la législation de Justinien, les doctrines des anciens jurisconsultes romains. On examinera aussi, selon l'occasion, comment et sous quelles modifications quelques-unes de ces théories ont passé dans la pratique française.

L'analyse approfondie à laquelle les jurisconsultes romains avaient soumis les actions, leur avait fait découvrir entre elles un grand nombre de nuances plus ou moins tranchées : de là plusieurs divisions des actions, selon les divers points de vue sous lesquels elles peuvent être considérées.

De ces divisions, les unes paraissent complétement indépendantes de la formule : telles sont les divisions en *civiles* et *prétoriennes*, en *directes* et

*utiles*, en *perpétuelles* et *temporaires;* elles ont pu être conservées en entier par Justinien. — D'autres divisions tiennent, au contraire, exclusivement à la rédaction, au libellé, de la formule, par exemple, celle des actions *in jus* et *in factum*. Les divisions de cette nature ont dû tomber avec l'*ordo judiciorum*, et ne peuvent présenter aucun sens dans le droit de Justinien. — Enfin, dans quelques divisions, et notamment dans celle des actions *in rem* et *in personam*, le libellé de la formule a certainement exercé une influence marquée; quoique l'on puisse, à la rigueur, les concevoir, au moins en grande partie, abstraction faite de toute formule : les divisions de cette dernière classe ont pu survivre à l'abolition de la procédure formulaire, et passer dans la législation de Justinien, mais avec des modifications plus ou moins profondes dans les définitions qu'en avaient données les jurisconsultes qui écrivaient sous l'empire de la procédure formulaire.

## PREMIÈRE DIVISION.

### Actions civiles. — Actions prétoriennes.

#### § 260. — Nature de cette division.

I. Les actions *civiles* ou légitimes sont celles qui viennent du droit civil : *Ex legitimis et civilibus*

*causis descendunt* (1). *Legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ* (2).

Le mot *jus civile* comprend ici non-seulement les lois proprement dites, les sénatus-consultes, les plébiscites, les constitutions impériales et les réponses des prudents, mais encore le droit non promulgué, qui n'a d'autre origine que la coutume ou l'interprétation des jurisconsultes. Parmi les actions civiles, on doit surtout compter les actions de la loi, les actions fictives de la première classe, la revendication, les actions confessoires et négatoires, les actions garantissant les obligations qui naissent *ex contractu, quasi ex contractu;* enfin la plupart de celles qui résultent *ex delicto* ou *quasi ex delicto*.

II. On appelle *prétoriennes* ou *honoraires* celles que le préteur a créées en vertu de sa juridiction : *Quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet* (3)... *Quæ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt* (4). Toutes les actions étaient formulées dans l'album; aussi dit-on quelquefois, même en parlant des actions civiles : *Prætor proposuit* (5); mais cela ne les rendait pas prétoriennes, car leur force et leur efficacité n'avaient pas pour fondement l'autorité du magistrat. Les actions

(1) § 3, Instit., *de Actionib.*
(2) § 1, Instit., *de Obligat.*
(3) § 3, Instit., *de Actionib.*
(4) § 7, *eod.;* conf. § 8, 10, 12, *eod.*
(5) Ulpian., L. 1, D., *Si pars hered.* — L. 1, D., *de Contr. tut.* — Gaius, *Comm.*, IV, § 47.

prétoriennes sont fort nombreuses : *alias innumerabiles*, disent Gaius et Justinien après en avoir énuméré un grand nombre.

§ 261. — Conflit entre l'action civile et l'action prétorienne.

Cette première division n'est que l'expression de l'antagonisme perpétuel qui existait entre le droit civil et le droit prétorien. Cet antagonisme, qui forme peut-être le caractère le plus saillant et le plus original du droit romain, est, en général, mal compris par les modernes. Habitué qu'il est à l'unité dans la législation, notre esprit s'explique difficilement comment, à une même époque et dans un même pays, la même matière de droit pouvait se trouver régie simultanément par deux législations différentes, souvent contradictoires. Il nous semble qu'un tel état de choses aurait dû amener d'inextricables conflits et jeter le désordre dans la société. Il n'en était rien cependant, et parmi les riches sujets de méditation que présente le droit romain, ce n'est certes pas l'un des moins intéressants, que le spectacle des tempéraments à l'aide desquels, tout en respectant, dans la théorie, les principes de l'ancien droit civil, on était parvenu à leur substituer, dans la pratique, des principes entièrement différents. Cette notion est si essentielle à l'intelligence du droit romain, qu'on croit devoir lui donner ici quelques développements.

Le droit civil proprement dit n'est que le développement logique des principes déposés dans

les XII Tables, et dans quelques autres lois qui, vu leur ancienneté, peuvent se confondre avec les XII Tables elles-mêmes. Nous avons dit en son lieu, comment, avec le temps, ce droit, sévère jusqu'à la barbarie, se trouva n'être plus en harmonie avec les mœurs; comment aussi il se trouva insuffisant à régir les rapports nouveaux et compliqués auxquels avait donné naissance la richesse croissante, fruit de la conquête du monde. (*Voy.* § 41.)

Considérées dans leurs rapports avec le fond des choses, les innovations prétoriennes se présentent sous une triple forme. — Quelquefois elles *confirment* le droit civil, en ajoutant aux garanties dont il entoure déjà les droits privés, de nouveaux moyens plus énergiques ou plus expéditifs de les faire valoir (1). — Le plus souvent le préteur *complète* le droit civil, il supplée à ses lacunes, en réglant, par son édit, des rapports sur lesquels le droit civil était absolument muet (2). — Il est

(1) Par exemple, dans la *bonorum possessio unde liberi*, accordée à des descendants ayant déjà la qualité d'héritiers siens; dans la *bonorum possessio unde legitimi*, accordée aux agnats, au patron, à l'ascendant émancipateur (*contracta fiducia*), qui sont déjà appelés par le droit civil, etc. Dans tous ces cas, l'interdit QUORUM BONORUM procurait aux successeurs, considérés comme *bonorum possessores*, des avantages dont ils n'auraient pas joui en leur seule qualité d'héritiers d'après le droit civil.

(2) Par exemple, dans les *bonorum possessiones, unde cognati, unde vir et uxor, tum quem ex familia*, etc., par lesquelles le préteur admet à succéder des personnes que le droit civil n'exclut pas, il est vrai, formellement, mais

évident que, dans ces deux premiers cas, il ne saurait y avoir de conflit proprement dit entre l'action civile et l'action prétorienne. Mais là ne se bornaient pas les empiétements législatifs du préteur.

I. Non content de *confirmer* et de *compléter* le droit civil, le préteur ne craignait pas de le *corriger*, de le contredire, dans une foule de circonstances : soit en accordant à une personne ce qui, d'après le droit civil, appartenait à une autre (1); soit en donnant force et valeur à des actes absolument nuls d'après le droit civil (2); soit même, à l'inverse, en rescindant des actes que le droit civil considérait comme valables (3).

Dans ces cas, et dans tous les autres où le droit prétorien se met ainsi en contradiction plus ou

---

qu'il exclut implicitement, par cela seul qu'il ne les appelle pas.

(1) Par exemple, dans la *bonorum possessio unde liberi*, accordée aux descendants émancipés quand le défunt a laissé soit des héritiers siens, soit des agnats; dans la *bonorum possessio contra tabulas*, où le préteur dépouille un héritier régulièrement institué, au profit de descendants auxquels le droit civil n'accorde aucune part de la succession.

(2) Par exemple, dans la *bonorum possessio secundum tabulas*, par laquelle le préteur accorde la succession en vertu d'un testament nul d'après le droit civil; dans l'action *de Constitut.*, etc. etc.

(3) Par exemple, dans tous les cas de restitution en entier (*voy.*, ci-après, le chapitre v du présent livre); dans l'action paulienne (*voy.*, ci-après, § 284); dans la contre-publicienne (*voy.*, ci-après, § 283), etc.

moins directe avec le droit civil, il y a, ou du moins il peut y avoir conflit d'actions. —Comment échapper à ce conflit? laquelle de ces deux législations faire prévaloir?

Il est évident que, dans la pratique, le droit prétorien devait, du moins en général, l'emporter sur le droit civil; sans quoi les innovations prétoriennes n'auraient eu aucun sens; et cependant il n'en résultait ni l'abrogation ni même l'inapplication absolue des règles civiles. Voici les tempéraments assez simples au moyen desquels on était arrivé à ce remarquable résultat.

II. Les réclamations fondées sur le droit prétorien, mais contraires au droit civil, devaient, en général, être formées dans un *délai fort court;* celles, au contraire, qui reposaient sur le droit civil, étaient *perpétuelles* (1) : cette simple différence dans la durée des actions (2) suffisait déjà, dans la plupart des cas, pour mettre un terme au conflit entre les deux législations. En effet, par cela seul que la partie protégée par l'édit prétorien laissait expirer le délai dans lequel sa réclamation pouvait être formée, la cause rentrait tout naturellement sous l'application des principes du droit civil : le conflit entre les deux législations n'existait donc que pour un temps fort court. Quelques

(1) *Voy.*, ci-après, la *dixième division*.

(2) Nous continuons à prendre le mot *action* dans le sens large, où il comprend les *interdits* et les *restitutions en entier*.

exemples feront mieux comprendre la nature de cet arrangement.

1° Un citoyen laisse, à sa mort, un fils émancipé et des agnats : d'après le droit civil, l'hérédité est dévolue à l'agnat le plus proche, à l'exclusion de l'émancipé; le droit prétorien préfère, au contraire, l'émancipé (*unde liberi*) aux agnats (*unde legitimi*). Mais l'émancipé n'a qu'une année pour demander la possession de biens *unde liberi*, tandis que l'agnat peut se prévaloir, en tout temps, de sa qualité d'héritier. Si donc, dans l'année du décès, l'émancipé demande la possession des biens, il l'obtiendra, et l'agnat n'aura plus que le vain titre d'héritier; il sera *heres sine re*, comme le disent énergiquement les jurisconsultes.

Le droit civil n'est pas pour cela abrogé, du moins complétement; car il peut arriver que l'émancipé ne réclame pas dans le délai; et alors, le droit civil reprenant tout son empire, l'agnat conservera tous les avantages attachés à la qualité d'héritier.

2° *Autre exemple.* — D'après le droit civil, l'absence du propriétaire, eût-elle pour cause un service public, n'est point un obstacle à ce que l'usucapion s'accomplisse au profit du possesseur de bonne foi, et celui qui a ainsi usucapé est incontestablement devenu propriétaire. En cette qualité, il a non-seulement le droit de retenir la chose s'il a continué à la posséder, mais, dans le cas où il viendrait à en perdre la possession, il peut la revendiquer en quelques mains qu'elle se trouve,

fût-ce entre celles du précédent propriétaire. Ce résultat semble trop rigoureux au préteur : pour y porter remède, il considère comme non avenue l'usucapion accomplie pendant que le propriétaire était dans l'impossibilité d'agir; et il accorde à ce propriétaire une action pour revendiquer la chose contre tout détenteur, même contre celui qui a usucapé : c'est l'action dite *contre-publicienne*, sur laquelle nous reviendrons bientôt avec détail. (*Voy.* § 283.)

Ainsi voilà une opposition bien manifeste entre les deux droits. D'après le droit civil, la propriété et la revendication appartiennent à celui qui a usucapé; d'après le droit prétorien, au contraire, ces avantages sont attribués à celui contre qui l'usucapion a été accomplie.

Mais la revendication civile est une action perpétuelle, tandis que la revendication fictice, accordée par le préteur, doit être intentée, par le propriétaire dépouillé, dans l'année de son retour. Si donc la personne contre laquelle on a usucapé réclame dans le délai, elle l'emporte sur tout possesseur, et notamment sur celui qui, ayant usucapé, est devenu civilement propriétaire. — Mais si elle laisse expirer le délai sans se plaindre, l'usucapion produit tous les effets que lui attribue le droit civil : celui au profit duquel elle s'est accomplie ne peut plus être troublé dans sa propriété; il peut au besoin revendiquer contre tout détenteur, sans en excepter le précédent propriétaire. Comme, d'ailleurs, c'est uniquement en faveur de

l'absent que le préteur dérogeait ici aux principes du droit civil, il en résultait que, même pendant l'année du retour, celui qui avait usucapé jouissait de toutes les prérogatives de la propriété à l'égard de tous, le précédent propriétaire seul excepté.

3° *Autre exemple.* — D'après les principes du droit civil, la violence n'est point une cause de nullité des conventions : si donc, cédant à l'intimidation, je vous promets ou je vous mancipe une chose, si par acceptilation je vous libère de votre obligation, si je répudie une hérédité qui m'était échue, la promesse, la mancipation, l'acceptilation, la répudiation, sont très-valables, et produisent tous les effets que le droit civil attache à de tels actes. Mais un pareil état de choses choquait trop évidemment l'équité, pour que le préteur pût le tolérer : aussi vient-il au secours de la personne violentée, tantôt en lui donnant une exception à l'aide de laquelle elle pourra repousser toute demande fondée sur l'acte entaché de violence, tantôt en lui accordant une action par laquelle elle pourra obtenir la restitution de la chose, ou une indemnité du quadruple; tantôt enfin, en rescindant l'acte extorqué par violence, et en réintégrant la personne violentée dans toutes les actions réelles ou personnelles que cet acte lui avait fait perdre (1).

L'exception *quod metus causa* n'est point limitée

(1) Pour les détails, *voy.* le chap. VI de ce livre.

à un certain temps; l'action elle-même, bien qu'elle ne se donne au quadruple que pendant l'année qui a suivi la violence, subsiste au simple, après cette année, contre l'auteur de la violence et contre tous ceux qui se trouveraient avoir profité de l'acte entaché de violence. Ici donc, à la différence de ce que nous avons observé dans les deux exemples précédents, le droit prétorien est un obstacle à peu près perpétuel, qui semble laisser sans application possible les principes contraires du droit civil. Cette conséquence n'est cependant pas exacte; et, dans cette circonstance encore, le droit prétorien n'emporte pas abrogation directe et absolue du droit civil.

En effet, quant à l'exception, dans le cas même où elle est invoquée par le défendeur, elle laisse subsister, au moins en théorie, le principe de droit civil sur lequel se fonde l'action. — Mais il y a plus : si, pendant qu'il était *in jure*, le défendeur n'a pas eu soin de demander l'insertion de l'exception dans la formule, il ne peut être admis à s'en prévaloir devant le juge, et celui-ci devra condamner, alors même que le fait de violence serait d'ailleurs constant au procès. Si, au contraire, la nullité de l'acte était fondée sur le droit civil, le juge devrait absoudre, quand bien même la formule n'appellerait point formellement son examen sur cette cause de nullité. (*Voy.* § 182.) Ainsi, bien que, dans la pratique, l'exception prétorienne vienne le plus souvent paralyser l'application du

droit civil, ce droit n'en subsiste pas moins comme théorie applicable.

Dans l'action *quod metus causa*, le préteur se met plus directement en contradiction avec le droit civil. Toutefois, même en considérant cette action comme absolument perpétuelle, ce qui n'est pas, encore faut-il que je l'intente : si je garde le silence, l'acte entaché de violence continuera à produire tous ses effets civils ; tandis que si la crainte produisait une nullité de droit civil, l'acte serait sans valeur, alors même que je ne l'attaquerais pas.

III. Les exemples qu'on vient de parcourir suffisent pour donner une idée des ménagements à l'aide desquels on était parvenu à faire marcher de front deux législations aussi souvent contraires que l'étaient le droit civil et le droit prétorien. Bien que la complication qui en résultait fût plus apparente que réelle, c'est là cependant, peut-être, le côté par lequel le droit romain a été le plus vivement critiqué; c'est là aussi le genre de difficulté qui effraye le plus les commençants, et qui contribue surtout à éloigner la génération présente de l'étude du droit romain. C'est qu'en effet rien n'est moins conforme à la tournure de notre esprit que le procédé par lequel les Romains étaient arrivés à donner satisfaction au présent, sans pour cela rompre jamais avec les traditions du passé. Le génie de notre nation est trop précis, trop net, trop absolu, je dirai presque trop impatient, pour s'accommoder de ces palliatifs ti-

mides : disposés comme nous le sommes à trancher toutes les difficultés en recourant à l'omnipotence législative (1), nous nous étonnons que, au lieu de ces correctifs lents et incomplets, les Romains n'aient pas, une bonne fois, réformé, par une abrogation directe et formelle, tous ceux des anciens principes qui ne leur paraissaient plus en harmonie avec les mœurs, les idées, les besoins de la société.

Autres étaient les idées des Romains. Ce peuple, qui possédait à un si haut degré l'instinct du gouvernement et partant le véritable génie de la législation, ne paraît avoir eu aucune vocation pour ces refontes radicales que nous désignons aujourd'hui par l'expression de *codifications*, et qui forment, sans contredit, un des traits saillants de la marche de l'esprit humain à notre époque. — L'Édit perpétuel d'Adrien, le Code Théodosien, le Digeste et le Code de Justinien (2), sont des *compilations* bien plutôt que des *codifications* proprement dites : leurs auteurs n'ont point songé à faire table rase, pour substituer à *ce qui était* quelque chose d'entièrement nouveau : ils se sont, au contraire, à peu près bornés à réunir et à mettre en ordre des matériaux préexistants, avec quelques modifications dans les détails ; ayant d'ail-

(1) J'ai déjà eu occasion de faire la même remarque dans la préface de l'*Encyclopédie des lois*, page IX.

(2) On ne parle ici ni du Code Hermogénien, ni du Code Grégorien, qui paraissent n'être que des compilations privées.

leurs si peu la prétention de codifier, qu'ils ont eu le soin d'indiquer les sources auxquelles ils avaient puisé (1). — La loi des XII Tables forme exception : cette loi porte, en effet, tous les caractères d'une codification proprement dite : autant qu'on peut en juger par les fragments qui nous en restent, elle contenait des principes généraux sur les principales branches de la législation, et rien n'autorise à penser que ces principes fussent présentés par les décemvirs comme résultant des lois antérieures.

Mais, à part cette exception, qui, vu les circonstances et l'époque à laquelle elle se rattache, n'infirme en rien notre assertion, les Romains n'ont jamais eu l'idée d'une refonte générale et complète de leurs lois civiles : soit qu'ils fussent dans l'opinion que les difficultés et les inconvénients d'une telle entreprise en dépassaient les avantages (2); soit que, protégé par le culte des souve-

(1) Au contraire, dans les codes modernes, le législateur proclame des principes, sans se préoccuper, ou du moins sans paraître se préoccuper du droit antérieur. Il faut excepter le nouveau Code russe, mis en vigueur depuis le 1er janvier 1835: ce Code, composé de 42,198 articles, n'est qu'une compilation des lois antérieures.

(2) Après une révolution qui, comme la nôtre, a bouleversé tous les anciens rapports sociaux, il peut être utile et convenable de codifier, parce qu'alors ce qu'on pourrait conserver du droit antérieur ne vaut guère la peine qu'on aille le chercher au milieu des décombres. Mais, en temps ordinaire, une telle entreprise se justifie difficilement.

nirs, le vieux droit civil parût comme lié à la majesté même du peuple romain.

Outre ces raisons générales, il y en avait de particulières pour que le droit prétorien procédât ainsi qu'il a fait. Simple magistrat chargé de l'application des lois, le préteur n'aurait point osé, au moins dans l'origine, se mettre en contradiction ouverte avec la loi : il était donc naturellement conduit à tourner les difficultés qu'il ne pouvait aborder de front. Aussi aura-t-on souvent, dans la suite de cet ouvrage, l'occasion de remarquer que les innovations prétoriennes acquièrent un caractère plus net, plus direct, plus hardi, à mesure que le temps vient consolider et légitimer ce qui n'était d'abord qu'une usurpation : c'est ainsi que, peu à peu, les actions *fictices* furent remplacées par des actions *in factum* (1), et les *interdits* par des actions proprement dites (2).

Au surplus, l'habitude de ne point choquer trop ouvertement les principes de l'ancien droit civil était si bien entrée dans les mœurs romaines, que, quelquefois, même dans des actes ayant incontestablement le caractère législatif, on avait recours à ces voies détournées qui, pour le préteur, avaient été une necessité de position. Ainsi, par exemple, bien que par le sénatus-consulte

---

(1) *Voy.*, ci-après, la *troisième* et la *quatrième division.*

(2) Comparez ce qui est dit ci-après, § 285, de l'action *servienne*, avec ce qui est dit dans le chap. VI, de l'interdit *salvien.*

Trébellien, le fidéicommissaire fût en réalité devenu un véritable héritier, on ne lui donnait cependant que les actions héréditaires *utiles*. Ainsi encore, comme nous l'avons vu précédemment, plusieurs principes, quoique fondés sur des sénatus-consultes et des constitutions, ne pouvaient être appréciés par le juge qu'autant qu'ils lui avaient été soumis par une exception expresse. (§ 183.)

**§ 262. — Sens et portée de cette distinction dans le droit de Justinien.**

En publiant l'Édit perpétuel, Adrien avait donné aux principes prétoriens la légitimité qui jusque-là leur avait manqué : dès lors, il semblerait que le droit prétorien, élevé par cette adoption au niveau du droit impérial, et par conséquent du droit civil, aurait dû quitter les formes indirectes qui, auparavant, avaient été son caractère nécessaire. Il n'en fut pas ainsi, cependant : Adrien ne sanctionna pas seulement les principes du droit prétorien, il en adopta aussi les formes et les allures; de telle sorte que depuis, comme auparavant, les théories prétoriennes continuèrent à se produire comme législation d'un ordre subordonné au droit civil, du moins pour la théorie; car il est d'ailleurs constant que, dans la pratique, elles prévalaient presque toujours sur les principes de l'ancien droit civil.

Et comme, d'un autre côté, la division des actions civiles et prétoriennes n'était point dépendante de la procédure formulaire, cette distinc-

tion put être conservée par Justinien, avec à peu près tous les effets qu'elle avait eus au temps des grands jurisconsultes.

## DEUXIEME DIVISION.

**Actions qui valent par elles-mêmes. — Actions fictices (1).**

### § 263. — Nature de cette division.

Aux actions qui valent par elles-mêmes, et dont l'*intentio* exprime directement et sans détour les points de fait et de droit dont la vérification doit entraîner la condamnation, Gaius oppose les actions fictices (*fictiones, fictitiæ actiones*), dans lesquelles la condamnation est fondée sur une fiction, c'est-à-dire sur la supposition d'un droit, d'un fait ou d'une qualité qui, en réalité, n'existe pas. Il y a deux espèces d'actions fictices : les unes imitent les anciennes actions de la loi (*ad legis actiones exprimuntur*); les autres n'ont aucun rapport avec les actions de la loi, et reposent sur des fictions d'une autre nature (*alterius generis fictiones*) (2).

(1) Le mot *fictices* n'est pas francais; mais le mot *fictives* exprimerait mal la pensée.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 10, 34.—Ulpian., *Fragm.*, XXVIII, § 12.

**§ 264. — Première classe d'actions fictices, données à l'imitation des actions de la loi.**

Nous n'avons que des renseignements très-incomplets sur cette première classe d'actions fictices : Gaius est le premier qui nous en ait révélé l'existence; et malheureusement il manque une page entière dans la partie du manuscrit où il en était traité. Nous savons seulement que ces formules donnaient au juge le pouvoir de condamner le défendeur à la même somme que si le demandeur eût agi par action de la loi. Ainsi, dans la formule donnée au publicain (fermier des impôts), à l'imitation de la *pignoris capio*, nous voyons que le contribuable était condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement prise de gage (1). — Cet exemple est le seul qui nous ait été conservé; mais il est certain que toutes les actions de la loi, à l'exception de la *condictio*, avaient été imitées d'une manière analogue (2). On peut conjecturer, avec beaucoup de vraisemblance, que l'action réelle *per sponsionem* n'était qu'une imitation de l'action *sacramenti* (3).

Ces formules furent sans doute produites par la transition de l'ancienne procédure au système formulaire : on cessa de remplir les solennités de l'action de la loi; mais le juge se conduisait

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 32.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 33; Cf. § 10, *ibid.*

(3) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 93 et 94.—*Voy.*, ci-après, § 278.

comme si elles eussent été accomplies; c'était donc encore sur une action de la loi supposée que le juge basait sa sentence. Aussi, quoique fictices, ces actions étaient civiles, puisqu'elles ne prenaient pas leur origine dans la juridiction du préteur.

### § 265. — Seconde classe d'actions fictices.

Il en est autrement des actions fictices de la seconde classe, qui sont toutes prétoriennes. Les précédentes reposaient sur la supposition que telle ou telle action de la loi avait été exercée; dans celles que nous examinons maintenant, on suppose seulement un fait ou une qualité qui n'existe pas, mais ces suppositions n'ont rien de commun avec les actions de la loi (*alterius generis fictiones*).

Ces fictions remontent à l'époque très ancienne où l'usurpation prétorienne, encore timide, n'aurait point osé créer une action qui ne reposât pas sur un rapport de droit civil. Quand ce rapport manquait, et que cependant la prétention paraissait équitable, le préteur autorisait, dans certains cas, le juge à condamner, comme si le rapport eût existé. Plus hardis dans la suite, les magistrats se débarrassèrent de ces entraves, et créèrent des actions *in factum*, dans lesquelles ils autorisaient la condamnation sans se référer à aucun principe de droit civil réel ou fictif; aussi plusieurs actions, *fictices* dans l'origine, furent-elles, plus tard, remplacées par des actions *in factum*.

Passons maintenant à l'examen de diverses actions fictices en particulier.

1° *Actio serviana.* — Le *bonorum possessor*, n'étant pas héritier d'après le droit civil, ne peut exercer les actions directes; il ne le peut ni pour les actions réelles (*neque quod defuncti fuit potest intendere suum esse*), ni pour les actions personnelles (*neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere*) ; mais le préteur lui suppose la qualité d'héritier; et l'*intentio*, modifiée par cette supposition, était alors ainsi conçue, pour l'action réelle : JUDEX ESTO : SI AULUS AGERIUS LUCII TITII HERES ESSET, TUM SI IS FUNDUS DE QUO AGITUR EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSET...; pour l'action personnelle : SI AULUS AGERIUS LUCII TITII HERES ESSET, TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE... (1).

2° *Actio rutiliana.* — Cette supposition de qualité avait aussi lieu en faveur de l'*emtor bonorum*. Mais il existait pour l'*emtor bonorum* une autre combinaison, connue sous le nom d'*action rutilienne*. Dans cette action, l'*intentio* était rédigée au nom de celui dont le demandeur avait acheté les biens, et la condamnation était conçue au profit de l'*emtor*.

Cette combinaison était aussi en usage pour ceux qui agissaient pour autrui (2).

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 34.
(2) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 35, 86.

3° *Actio publiciana.* — Pour exercer l'action en revendication proprement dite, il faut avoir sur la chose la propriété quiritaire : par conséquent la revendication n'appartient, ni à celui qui aurait la chose *in bonis*, ni à plus forte raison à celui qui en serait simple possesseur de bonne foi, tant qu'ils n'ont pas acquis par usucapion le domaine quiritaire (1). Cependant, si avant que l'usucapion soit accomplie, la possession vient à leur être enlevée, le préteur feindra qu'ils ont déjà achevé l'usucapion qui, en réalité, n'est encore que commencée, et donnera une formule ainsi conçue : JUDEX ESTO : SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET... (2).

4° *Action contre-publicienne.* — Il y avait une action qui reposait sur une fiction inverse de celle de la publicienne : le préteur y supposait que le défendeur n'avait point usucapé ce qu'en réalité il avait usucapé. Cette action, sur laquelle nous reviendrons dans la V^e^ division, ne paraît pas avoir eu un nom particulier (3); mais, à cause de sa nature même, on pourrait la nommer *contre-publicienne.*

5° *Action paulienne.* — Cette action reposait

---

(1) *Voy.*, ci-après, § 282, des détails plus développés sur l'action publicienne.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 36.

(3) § 5, Instit., *de Actionib.* — *Voy.*, ci-après, § 283.

aussi sur une fiction; mais, dans la suite, le préteur remplaça l'action paulienne fictice par une action *in factum*, sans fiction (1).

6° Les actions civiles ou pénales établies par les lois ne pouvaient être intentées ni par un étranger ni contre lui; le préteur les donnait néanmoins, mais en supposant à l'étranger la qualité de citoyen : SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ QUAMOBREM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET... (2).

7° Pareillement, quand notre débiteur subit un changement dans son état civil (*capite minutus*) (3); par exemple, quand il se donne en adrogation, il cesse de nous devoir; et, d'après le droit civil, nous perdons les actions que nous pouvions avoir contre lui, sans en acquérir contre celui en la puissance duquel il est tombé. Pour prévenir un résultat si inique, le préteur accordait au créancier une formule dans laquelle il supposait le changement d'état non avenu, et faisait ainsi revivre des obligations que la subtilité du droit civil avait éteintes (4).

---

(1) § 6, Instit., *de Actionib.* — Ulpian., L. 1, ff., *Si quid in fraud. patr.*; L. 1, et L. 10, ff., *Quæ in fraud. credit.* — *Voy.*, ci-après, § 284.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 37.

(3) Nous n'osons nous servir de l'expression barbare *diminué de tête*, qui paraît d'ailleurs abandonnée aujourd'hui à la Faculté de droit de Paris.

(4) Gaius, *Comm.*, IV, § 38.

§ 266. — Sens de cette distinction dans le droit de Justinien.

Sous Justinien il ne pouvait plus être question des actions fictices de la première classe. Quant aux actions fictices de la seconde espèce, elles avaient été remplacées, pour la plupart, depuis longtemps par des actions *in factum*.

## TROISIÈME DIVISION.

### Actions directes. — Actions utiles.

§ 267. — Nature de cette troisième division.

L'expression d'action *directe* est prise dans des sens très-divers, et par opposition tantôt à actions *utiles* (1), tantôt à actions *in factum* (2), tantôt à actions *contraires* (3), tantôt, enfin, aux actions qui se donnent contre le père de famille à raison

(1) Ulpian., L. 37, ff., *de Obl. et act.* — Paul., L. 47, ff., *de Negot. gest.* — § 16, Instit., *ad Leg. Aquil.*

(2) § 16, *in fin.*, Instit., *ad Legem Aquil.*, où les mots *directa, utilis* et *in factum* sont opposés les uns aux autres. — Conf. Paul., L. 33, § 1, ff., *ad Legem Aquil.;* Paul., L. 7, § 7, ff., *de Dolo.*

(3) Gaius, L. 18, § 4, ff., *Commodati.* — Ulpian., L. 20, § 1, D., *de Neg. gest.:* dans ce sens, les actions sont aussi quelquefois appelées actions *principales* — Paul., L. 17, § 1, ff., *Commodati.*

des obligations contractées par ses fils de famille ou ses esclaves (1). — Ici, et par opposition à *utile*, elle sert à indiquer que l'action est donnée précisément dans le cas pour lequel elle avait été primitivement créée (2).

L'expression *action utile* indique une action étendue, par l'interprétation ou par l'usage, du cas pour lequel elle avait été imaginée, à un cas analogue. Le mot *utile* vient sans doute de ce que ces extensions n'avaient lieu que lorsque l'utilité publique ou privée en faisait sentir le besoin. Quelquefois l'action utile était à son tour donnée *utilement*, c'est-à-dire étendue à un cas qui s'éloignait encore davantage de celui pour lequel avait été instituée l'action directe : c'était une extension de l'extension.

§ 268. — Des diverses classes d'actions utiles.

Ces extensions avaient lieu tantôt à l'aide de fictions analogues à celles que nous avons fait connaître dans la division précédente; tantôt en rédigeant *in factum* une action qui, dans l'origine, était conçue *in jus*, comme nous le verrons dans la division suivante.

Il est évident que ce dernier mode d'extension ne pouvait s'appliquer aux actions qui auraient

(1) § 5, Instit., *de Noxal. act.*—Paul., L. 26, § 4, ff., *eod. tit.*

(2) § 16, Instit., *de Leg. Aquil.*; § 34, *de Rer. divis.* — Gaius, L. 9, § 2, ff., *de Acq. rer. dom.*

déjà été *in factum;* mais quand une action originairement conçue *in jus* est étendue par une formule *in factum,* elle est qualifiée indifféremment d'*utilis* ou d'*in factum*. C'est ce qui était arrivé notamment pour l'action de la loi *Aquilia* (1).

L'action *directe* de la loi Aquilia suppose la réunion de deux circonstances : 1° que la personne contre qui cette action est intentée ait causé le dommage *corpore suo,* c'est-à-dire directement et immédiatement, en touchant la chose, soit avec les mains, les pieds, la tête, ou toute autre partie du corps, soit avec un instrument qu'elle a personnellement dirigé ; 2° que le dommage, ainsi causé, constitue une destruction, une dégradation physique et matérielle d'une chose appartenant à autrui, *corpus læsum* (2). — Si la première condition vient à manquer ; si l'auteur du dommage ne l'a point causé directement, *corpore suo,* et qu'il en ait été la cause médiate plutôt que l'auteur immédiat ; si, par exemple, au lieu de donner lui-même la mort à votre esclave, soit en le frappant, soit en le poussant dans le fleuve, il a seulement occasionné la mort de cet esclave, en lui conseillant de monter sur un arbre, ou de descendre dans un puits, il n'y a plus lieu à l'action *di-*

(1) Ulpian., L. 7, § 3, L. 9, § 2 et § 3 ; L. 11, § 1 ; L. 29, § 5 ; L. 49 ; Nerat., L. 53, ff., *ad Legem Aquil.*

(2) Justinian., § 16, Instit., *de Lege Aquil.* — Ulpian., L. 7, § 1 ; L. 9, pr., et § 1 ; L. 11, § 5 ; L. 29, § 2, ff., *ad Leg. Aquil.*

*recte*, mais seulement à l'action *utile* de la loi Aquilia (1). Le résultat de cette action utile est, du reste en définitive, le même que celui de l'action directe (2). Si ces deux conditions viennent à manquer ; si le fait, tout en vous causant un préjudice, ne constitue aucune destruction ni dégradation physique de votre propriété ; si, par exemple, trouvant votre esclave enchaîné, je le détache par un sentiment de compassion et que je favorise ainsi sa fuite ; il n'y a plus lieu ni à l'action directe, ni même à l'action utile, mais bien à une action *in factum* : « Si *non corpore* damnum datum, *neque corpus læsum* fuerit, sed alio modo damnum alicui « contigerit, cum non sufficiat neque directa neque « utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit « *in factum* actione teneri » (3). — Ici l'action *in factum* est évidemment une action *utile ;* car elle a pour but d'étendre l'application de la loi Aquilia à une hypothèse que cette loi n'avait point prévue.

Mais en quoi cette action *in factum* différait-elle de l'action *utile* dont il a été précédemment parlé ? C'est là une question fort obscure, sur laquelle les anciens interprètes s'étaient beaucoup et inutilement tourmentés. Aujourd'hui, grâce aux lumières nouvelles fournies par le manuscrit de Vérone, on peut conjecturer, avec beaucoup de

---

(1) § 16, Instit., *de Lege Aquil.*—Gaius, *Comm.*, III, § 219.

(2) Paul., L. 47, § 1, *de Negot. gest.*

(3) § 16, Instit., *de Leg. Aquil.* — Ulpian., L. 27, §§ 14 et 20, ff., *ad Leg. Aquil.*

vraisemblance, que, parmi les actions utiles, celles qui avaient en vue une hypothèse très-voisine du fait réglé par la loi étaient conçues *in jus* comme l'action directe elle-même, à l'aide de quelque fiction analogue à celles dont nous avons parlé plus haut (§ 265). Quand, au contraire, le fait auquel on voulait étendre la disposition d'une loi s'éloignait davantage de l'hypothèse réglée par cette loi, le préteur allait droit au but au moyen d'une action *in factum*, dans laquelle la condamnation était directement subordonnée à la vérification du fait mis en question dans l'*intentio* (§§ 174 et 270) : on conçoit, en effet, que plus l'espèce s'écartait de celle prévue par la loi, plus il devenait difficile de recourir à des fictions que la diversité des espèces aurait rendues trop compliquées.

Il reste cependant une difficulté. Dans le cas même où les Institutes refusent, soit l'action directe, soit l'action *utile* de la loi Aquilia, pour n'accorder que l'action *in factum*, plusieurs textes du Digeste accordent sans difficulté l'action *utile*. Cela me paraît tenir au sens plus ou moins étendu que l'expression *utilis* obtenait dans le langage du droit. *Strictiori sensu*, l'épithète *utilis* convenait principalement aux actions que le préteur ou l'interprétation des Prudents avaient étendues à l'aide de quelque fiction (§ 265); mais, *latiori sensu*, cette qualification se donnait aussi aux actions *in factum*, dans lesquelles le préteur, sans recourir à aucune fiction, subordonnait directement la con-

damnation du défendeur à la vérification d'un fait posé en question dans l'*intentio*. On conçoit dès lors aisément que les jurisconsultes, en parlant de cette dernière action (*in factum*), lui donnent fort souvent la qualification d'*utilis*, qu'ils lui refuseraient cependant, s'ils étaient conduits à en parler par opposition à l'action *utilis* par excellence, c'est-à-dire à l'action étendue à l'aide d'une fiction.

Ces synonymies accidentelles ne sont pas, au reste, une raison pour confondre l'action *in factum* avec l'action *utile*. Il y a des actions utiles qui ne sont pas conçues *in factum* : telles sont notamment les actions fictices, lesquelles sont certainement conçues *in jus* (§ 265). — Réciproquement, l'action *in factum* n'est pas toujours utile : en effet, les actions prétoriennes sont, pour la plupart, conçues *in factum*; et cependant elles ne méritent le titre d'*utiles* que lorsqu'elles sont données par extension d'une autre action.

En résumé, il y avait plusieurs classes d'actions utiles : — 1° les actions *fictices* de la première classe, qui sont civiles; — 2° les actions *fictices* de la seconde classe, qui, bien que conçues *in jus*, sont prétoriennes, en ce sens que le préteur applique, à l'aide d'une fiction, un principe de droit civil à un cas autre que celui que ce principe était destiné à régir (1); — 3° grand nombre d'actions

(1) Toutes les actions fictices sont utiles, mais la réciproque n'est pas vraie. — Ulpien appelle *fictitiæ* les mêmes

prétoriennes dont l'*intentio* est *in factum* (§ 270); — 4° et enfin, au moins pour les cas où les donnaient les Proculéiens, les actions *præscriptis verbis* ou *in factum*, qui sont des actions civiles conçues *in jus*, c'est-à-dire avec une *intentio juris civilis* (§ 271).

## QUATRIEME DIVISION.

Actions *in jus*. — Actions *in factum*.

§ 269. — Différences entre les deux espèces d'actions.

En traitant de la rédaction de l'*intentio*, nous avons déjà fait connaître la nature et l'origine de cette quatrième division (§ 174) : il faut voir maintenant quelle en était l'importance pratique, c'est-à-dire, quelles différences existaient entre les deux espèces d'actions.

*Première différence.* — La constitution de la famille romaine était une application exacte et rigoureuse du principe de l'*unité* : il n'y avait dans chaque famille qu'un seul chef, un seul propriétaire, un seul patrimoine. Simples instruments d'acquisition pour celui qui était en même temps

actions que Gaius appelle tantôt *fictiones*, tantôt *utiles*. Ulpian., *Fragm.*, XXVIII, § 12. — Gaius, *Comm.*, II, § 253; IV, §§ 34, 38.

leur père et leur maître, les fils de famille, soit du premier degré, soit des degrés ultérieurs, ne pouvaient rien avoir en propre : non qu'ils fussent incapables des actes de la vie civile (ils avaient au contraire, presque sous tous les rapports, la même capacité que les pères de famille); mais parce que les acquisitions qu'ils pouvaient faire ne s'arrêtaient pas sur leur tête, et profitaient immédiatement au chef de la famille : par une conséquence forcée, les fils de famille ne pouvaient jamais se prétendre ni propriétaires ni créanciers (1).

De là une première différence entre l'action *in jus* et l'action *in factum*. Les pères de famille peuvent agir indifféremment par action conçue *in jus*

---

(1) Senec., *de Benef.*, VII, 4. — Dion. Halic., VIII, 79. —Gaius, *Comm.*, II, §§ 86, 96; III, § 163. — Paul., L. 9; — Ulpian., L. 13, ff., *de Oblig. et act.*

Mais tout cela fut bien changé, dans la suite, par l'introduction des *pécules*. Dès le temps d'Ulpien, et probablement déjà bien auparavant, on tenait pour constant qu'à l'égard du pécule *castrans* les fils de famille devaient être considérés comme véritables propriétaires : ... *cum in castrensi peculio filiifamilias vice patrum familiarum fungantur.* (Ulpian., L. 2, ff., *de Senatusc. macedon.*) Il est naturel de supposer d'après cela que, pour les objets composant le pécule *castrans*, les fils de famille pouvaient agir même par action *in jus*.

L'institution du pécule *castrans* paraît remonter au temps de Jules César. Cette innovation fut, comme on sait, singulièrement amplifiée par les empereurs chrétiens. (Justinian., §§ 1 et 2, Instit., *Per quas pers. dom. acq.*)

ou par action conçue *in factum*. Les fils de famille, au contraire, ne peuvent agir que par action *in factum;* parce que l'*intentio* d'une action *in jus* énonce explicitement, de la part du demandeur, la prétention à un droit de propriété (*si paret rem esse Titii*), ou à un droit d'obligation (*si paret Mævium Titio dare oportere*); et qu'une telle prétention est incompatible avec la qualité de fils de famille. Si le fils de famille pouvait agir par action *in factum*, c'est que, dans l'*intentio* d'une formule ainsi rédigée, la *prétention au droit* se trouve dissimulée, masquée en quelque sorte, au moins dans la forme du langage, sous l'apparence d'une simple question de fait (§ 174).

*Deuxième différence.* — Dans les actions conçues *in jus*, la *litis contestatio* et la sentence opèrent de plein droit (*ipso jure*) novation de l'obligation qui fait l'objet du litige; et dès lors, si le demandeur voulait plus tard renouveler le procès, le défendeur pourrait repousser la nouvelle demande sans avoir recours aux exceptions *rei judicatæ, rei in judicium deductæ*. Ces exceptions sont au contraire nécessaires si l'action par laquelle l'obligation a été une première fois mise en litige (*in judicium deducta*) était conçue *in factum :* en effet, l'*intentio* ainsi conçue ne paraît soumettre au juge qu'une pure question de fait, et on ne comprendrait pas qu'un fait fût susceptible de novation. Ainsi donc, nonobstant la *litis contestatio* et la sentence, l'obligation, en supposant qu'elle n'ait pas été éteinte de quelque autre

manière, continue à subsister; elle peut devenir la base d'une demande nouvelle dont le succès serait infaillible si le défendeur n'avait soin de faire insérer dans la formule l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ* (§§ 174, 182, 204 et 230).

*Troisième différence.* — La plus-pétition (1) n'entraîne déchéance qu'autant qu'elle porte sur l'*intentio* : il s'ensuit que, dans les actions *in jus*, où l'*intentio* est distincte de la *demonstratio*, la plus-pétition n'est dangereuse que lorsqu'elle se rencontre dans l'*intentio*, et non quand elle se trouve seulement dans la *demonstratio*. — Dans les actions *in factum*, au contraire, l'*intentio* et la *demonstratio* étant toujours confondues, la plus-pétition ne peut porter sur l'une sans porter aussi sur l'autre; elle entraînera donc toujours déchéance (2).

*Quatrième différence.* — Les actions *in jus* sont les unes *in rem*, les autres *in personam*. Les actions *in factum* sont toutes *in personam*.

Cependant on a fait remarquer avec raison que, dans l'origine, la division des actions *in rem* et *in personam* ne s'appliquait probablement qu'aux seules actions *in jus*. En effet, en affirmant le fait dont l'existence est mise en question, le demandeur n'argue ni d'un droit qui lui appartienne, ni

(1) *Voyez*, sur les caractères de la *plus-pétition*, le livre VII de cet ouvrage.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 60.

d'une obligation qui pèse sur son adversaire. Cela est incontestable, si l'on n'a égard qu'à la forme du langage ; mais, en s'attachant au fond des choses, le fait à la vérification duquel la formule subordonne la condamnation du défendeur, peut et doit être considéré comme la cause d'une véritable obligation, sur laquelle le demandeur s'appuie implicitement pour demander la condamnation du défendeur.

*Cinquième différence.* — Les actions *in jus* sont essentiellement civiles (*intentio juris civilis*), et par conséquent elles sont en général perpétuelles (1). Les actions *in factum* sont en général prétoriennes, et par conséquent annales (2). Nous disons *en général* : en effet, il y avait des actions civiles dont la formule était quelquefois conçue *in factum*, par exemple, les actions de dépôt et de commodat (3) ; à moins qu'on ne dise que l'action civile devenait prétorienne quand elle était rédigée *in factum*, ce qui paraît peu admissible.

§ 270. — Des diverses espèces d'actions *in factum*.

En introduisant les formules *in factum*, le préteur n'avait pas toujours le même but.

1° Les unes avaient pour objet de protéger les édits, et la juridiction du préteur (4).

(1-2) *Voy.*, ci-après, la dixième division. — Cf. p. 38, *in fin.*

(3) Gaius, *Comm.*, IV, § 47. — *Voy.* § 174.

(4) § 3, Instit., *de Actionib.* — Digest., lib. II, tit. II et suiv. — Gaius, *Comm.*, IV, § 46. — Cujac., *Observ.*, X, 10.

2° Les autres étaient destinées à mettre certaines personnes, et notamment les fils de famille, dans le cas d'exercer, par une formule *in factum*, une action qu'ils n'auraient pu exercer par la formule *in jus* (§ 269, 2[e] diff.).

3° Quelquefois le préteur s'en servait pour étendre l'application d'une loi juste et nécessaire (par exemple la loi *Aquilia*), à des cas que cette loi n'avait pas prévus (§ 268).

4° A l'inverse, il s'en servait aussi pour tempérer et restreindre la rigueur des actions du droit civil, quand, par exemple, il substituait une action *in factum composita* à l'action *de dolo*, pour épargner au défendeur l'infamie qu'entraînait cette dernière action (1). — Nous trouverons aussi, et exactement dans le même sens, des exceptions *in factum*.

5° Enfin, le préteur avait introduit beaucoup d'actions *in factum*, pour sanctionner et faire valoir des principes d'équité entièrement étrangers au droit civil; les actions de cette cinquième classe sont aussi quelquefois appelées *utiles*, mais improprement (2).

§ 271. — De l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*.

On trouve dans le *Digeste* plusieurs dénominations d'actions que quelques auteurs ont mal à

(1) Ulpian., L. 11, § 1, ff., *de Dolo malo*.

(2) §§ 1 et 3, Instit., *de Oblig. quasi ex delict.*—Ulpian., L. 7 et L. 9, ff., *Quod falso tut.*; L. 7 et L. 14, ff., *de Liberali causa*; L. 10 et L. 14, *Quæ in fraud. credit.*

propos confondues avec les actions *in factum*, dont il a été question dans les deux paragraphes précédents, c'est-à-dire avec les actions *in factum* considérées par opposition aux actions *in jus*: nous voulons parler des actions qui sont indiquées dans les textes par les expressions *actio in factum civilis* (1); *actio in factum, id est præscriptis verbis* (2); *civilis actio, id est præscriptis verbis* (3); *præscriptis verbis actione civili subdita* (4); *utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat* (5); *præscriptis verbis incerta actio civilis* (6); *civili intentione incerti agendum* (7). Dans tous ces cas, l'expression *in factum*, prise soit séparément, soit comme synonyme de *præscriptis verbis*, soit enfin jointe aux mots *præscriptis verbis*, *civilis*, ou *utilis*, n'a plus le même sens que ci-dessus. En effet, la simple comparaison de ces textes démontre suffisamment que les actions dont il s'agit ont une *intentio juris civilis*, et qu'en conséquence elles rentrent dans les actions *in jus*.

Mais pourquoi alors les appeler *in factum*? — Remarquons d'abord que, dans les passages cités, il s'agit de contrats *innommés*, contrats valables

---

(1) Papinian., L. 1, § 2, *de Præsc. verb. et in fact.*

(2) Gaius, L. 22, *eod.*

(3) Ulpian., L. 15, *eod.*—Conf. Paul., L. 2, § 2, *de Præsc. et sent. recept.*, V, 6, § 10.

(4) Diocl. et Max., L. 33, C., *de Trans.*

(5) Carac., L. 6, C., *eod.*

(6) Diocl. et Max., L. 6, C., *de Rer. per.*

(7) Nerat., L. 6, ff., *Præsc. verb.*

d'après le droit civil, mais qui manquaient de noms propres, et, par conséquent, d'actions spéciales. — Ceci posé, nous répondrons que les actions dont il s'agit étaient *in factum*, mais seulement sous le rapport de la *demonstratio;* en ce sens, qu'au lieu de désigner le contrat par son nom, comme on aurait désigné un dépôt, une vente ou tout autre contrat nommé, on employait une périphrase pour exposer en tête de l'action, c'est-à-dire dans la *demonstratio*, les circonstances créatrices du contrat innommé; mais l'*intentio* n'en était pas moins *juris civilis*, et la formule *concepta in jus;* telle est du moins l'explication que donnent de ce point difficile MM. Zimmern, Heffter et Du Caurroy.

L'action *præscriptis verbis* se donnait aussi toutes les fois que le nom d'un contrat, ou celui de l'action qui devait en résulter, étant l'objet d'un doute, on reconnaissait néanmoins qu'il était juste d'accorder une action. — Ce nouveau genre d'actions, introduit par Labéon, fut généralement adopté par les Proculéiens; les Sabiniens préféraient donner l'action *utile* du contrat le plus voisin (1).

Au reste, il ne faut pas confondre avec les actions *præscriptis verbis* les anciennes *præscriptiones* dont nous avons déjà expliqué la forme, le but et la nature (§ 185 à 188), et sur lesquelles

(1) Ulpian., L. 1, pr., et § 1; — Cels., L. 2; — Nerat., L. 6, ff., *de Præscrip. verb.* — Diocl. et Max., L. 6, C., *de Rer. perm.*

nous reviendrons encore dans le chapitre V de ce livre.

§ 272. — Quel peut être le sens de cette division dans le droit de Justinien.

Il est évident que les théories fondées sur la distinction des actions *in jus* et *in factum* durent tomber avec l'ancienne organisation judiciaire. (*Voy.* §§ 240 et 241.) Comme cette distinction tenait essentiellement au libellé de la formule, elle n'eut plus aucun sens du moment où, les formules étant supprimées, les plaideurs portèrent directement leurs demandes devant un magistrat chargé de prononcer à la fois sur le fait et sur le droit (1).

## CINQUIÈME DIVISION.

Actions réelles. — Actions personnelles. — Actions mixtes.

§ 273. — Nature de cette division.

De toutes les divisions d'actions, celle-ci est de beaucoup la plus importante; aussi Gaius et Justinien la présentent-ils comme la division fondamentale, la division par excellence : *summa actionum divisio* (2). Si nous nous sommes écarté de leur exemple, en ne la donnant pas la première, c'est qu'il nous a paru que la connaissance de

(1) Paul., L. 47, § 1, ff., *de Negot. gest.*
(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 4. — § 1, Inst., *de Actionib.*

cette division, à peu près inutile pour l'intelligence des divisions précédentes, pouvait au contraire en recevoir quelques secours utiles pour l'explication de plusieurs points.

La matière des actions n'est pas la seule où se rencontrent les expressions *in rem* et *in personam* : nous les retrouvons appliquées aux édits du préteur, aux pactes et aux exceptions. Dans tous ces cas, ces locutions ont une signification commune : *in rem* indique une énonciation faite en termes généraux, sans désignation de personne; *in personam*, une énonciation relative à telle ou telle personne déterminée (1). — L'édit du préteur est conçu *in rem*, quand, comme le dit Ulpien : « *Generaliter* (*et in rem*) loquitur, nec adjicit « personam a quo gestum est » (2). — Un pacte est *in personam*, quand ses effets ne doivent profiter qu'à une seule personne, sans pouvoir être utiles à d'autres, et notamment à ses héritiers; si, par exemple, je conviens avec mon débiteur de ne rien exiger de *lui* personnellement (*ne a Lucio Titio petam*). Le pacte est, au contraire, *in rem*, quand la convention est faite en termes généraux, sans désigner personne (*ne petam*). Dans le premier cas, je ne puis rien demander à Titius, mais après sa mort

(1) On les rencontre aussi, exactement avec le même sens, dans le langage vulgaire : Seneca, *ludus* s. Ἀποκολοκυντώσις, IX, 2 : « ... Ne videar *in personam*, non *in rem*, sententiam dicere. »

(2) Ulpian., L. 9, § 1, ff., *de Eo quod met.*

je pourrai poursuivre ses héritiers; dans le second cas, je ne pourrai rien demander ni à Titius ni à ses héritiers (1). — Pareillement, l'exception *quod metus causa* est dite *in rem*, parce que je pui l'opposer au demandeur, quelle que soit la personne qui a commis la violence; et qu'ainsi dans le libellé de l'exception, le fait de violence se trouve mentionné sans indication de la personne qui pourrait en être l'auteur. L'exception *de dolo* est *in personam*, parce que je ne puis l'opposer au créancier qu'autant qu'il serait lui-même l'auteur du dol (2); et que, par conséquent, le libellé de l'exception doit mentionner en même temps, et l'assertion de dol et le nom de celui auquel on l'attribue.

Ceci posé, il est des prétentions que l'on peut élever sans être obligé de nommer l'adversaire, par exemple : AIO FUNDUM CAPENATEM ESSE MEUM EX JURE QUIRITIUM... AIO MIHI ESSE JUS EUNDI, AGENDI PER FUNDUM CAPENATEM. D'autres prétentions, au contraire, ne peuvent être énoncées qu'en nommant la personne de l'adversaire; c'est ce qui arrive notamment quand je réclame l'exécution d'une obligation: en effet, il ne suffirait pas de prouver que je suis créancier, il faut encore établir que c'est mon adversaire qui me doit : AIO LUCIUM TITIUM MIHI DARE FACERE

(1) Ulpian., L. 7, § 8; -- Paul., L. 13, § 5, ff., *de Pactis*.

(2) Ulpian., L. 2, §§ 1 et 2; L. 4, § 33, ff., *de Doli mali et met. except.*

OPORTERE. Or, l'*intentio* ne fait que reproduire à la troisième personne et sous forme de question, ce que le demandeur a énoncé à la première personne; ainsi donc, dans les prétentions de la première espèce, l'*intentio* ne contiendra pas le nom du défendeur et sera dite conçue *in rem*, parce que le défendeur n'y étant pas désigné, le droit du demandeur est énoncé *generaliter et in rem* : SI PARET FUNDUM CAPENATEM ESSE MÆVII EX JURE QUIRITIUM. Dans les autres, le défendeur étant nécessairement nommé dans l'*intentio* : SI PARET LUCIUM TITIUM MÆVIO DARE FACERE OPORTERE, l'*intentio* sera conçue *in personam*.

Au surplus, dans les unes et dans les autres, il faut bien que le juge sache qui il doit condamner : le défendeur sera donc toujours nommé dans la *condemnatio*; et, en ce sens, on peut dire que la *condemnatio* est *in personam*, aussi bien dans les actions réelles que dans les actions personnelles. Notre division n'existe donc que relativement à l'*intentio* de la formule, et on ne l'a appliquée à l'action entière qu'en prenant la partie pour le tout.

La division des actions en réelles et personnelles tenait donc peut-être, dans les idées des Romains, autant aux formes du langage qu'à la nature même des choses, c'est-à-dire à la nature des droits à protéger; mais ici la forme du langage était en si parfaite harmonie avec la nature des choses, et peignait si bien les caractères divers des prétentions soulevées, que cette division a pu

survivre au système formulaire, et passer, presque sans modification, dans le droit de Justinien; par la même raison, elle doit se retrouver dans toutes les législations.

Plusieurs interprètes, en se fondant sur un texte d'Ulpien (1), enseignent que l'action réelle est celle qui se donne *contre tout possesseur* (*actio quæ competit adversus quemlibet possessorem*), ou, comme on le dit tous les jours chez nous, une action qui *suit la chose en quelque main qu'elle se trouve*. Mais, au moins pour le droit romain, ce n'est là ni un caractère exclusif, ni un caractère essentiel des actions réelle-. Ce n'est point un caractère exclusif; car il est des actions personnelles qui se donnent contre tout détenteur : telle est, par exemple, l'action *ad exhibendum* (2). On remarque quelque chose de pareil dans l'action *noxale* qui compète contre tout individu qui se reconnaîtrait propriétaire de l'esclave qui a commis le dégât (3). — Ce n'est pas non plus un caractère essentiel : d'une part, en effet, certaines actions réelles ne se donnent pas contre tout détenteur : telle est, par exemple, l'action *paulienne*, qui n'est donnée contre les acquéreurs à titre onéreux qu'autant qu'ils auraient été complices de la fraude (4); et, d'autre part,

(1) Ulpian., L. 25, pr., ff., *de Oblig. et actionib.*

(2) Ulpian., L. 3, §§ 3 et 15, ff., *ad exhib.*

(3) § 5, Instit., *de Noxal. actionib.* — Ulpian., L. L. 7; Paul., L. 8; et Javolen., L. 14, ff., *de Interrog.*

(4) Paul., L. 9; Ulpian., L. 10, §§ 2 et 5, ff., *Quæ in fraud.* — Diocl. et Max., L. 5, C., *de Revoc. his.*

l'action réelle, l'action en revendication elle-même s'exerce quelquefois contre celui qui a cessé de posséder (1); il en faut dire autant de l'action paulienne, qui se donne contre les complices de la fraude, alors même qu'ils ne possèdent pas (2). — Quant au texte d'Ulpien, qu'on a faussé en le généralisant, il ne s'applique, dans la pensée du jurisconsulte, qu'à la revendication proprement dite (*vindicatio rei corporalis*), et signifie seulement que le rôle de défendeur pendant le litige appartient à celle des parties que le préteur a constituée en possession.

§ 274. — Rapports de cette cinquième division des actions avec celle des droits en *jura in re* et *jura ad rem*.

La division des actions *in rem* et *in personam* semble devoir cadrer avec la division des droits en droits réels (*jura in re*) et droits personnels (*jura ad rem*) : il semble que toute action fondée sur un *jus in re* devrait être *in rem*, et que toute action fondée sur un *jus ad rem* devrait être *in personam* (3). Sous certains rapports, ce point de vue est vrai; toutefois, pour ne rien laisser d'obscur sur une matière de cette importance, il faut

(1) Paul., L. 16; L. 27, pr. § 3; — Ulpian., L. 25, ff., *de Rei vind.*

(2) Paul., L. 9, ff., *Quæ in fraud.*

(3) Ce parallélisme entre les *droits* et les *actions* qui les sanctionnent a paru si complet que quelques auteurs, notamment Heineccius, n'ont pas hésité à définir le *jus in re* le droit qui donne naissance à l'action *in rem.*

d'abord constater quelles idées les Romains se faisaient des *jura in re* et des *jura ad rem;* et rechercher quelle influence les habitudes du langage ont pu exercer tant sur cette division des droits que sur la division des actions qui y correspond (1).

I. La distinction des *jura in re* et des *jura ad rem* n'est point particulière au droit romain : on la retrouve, au contraire, avec des caractères généraux à peu près semblables dans toutes les législations anciennes et modernes. De là, déjà, on peut conclure que cette distinction n'est point arbitraire, et qu'elle répond à des différences existant réellement dans la nature des choses; et cela est vrai.

Tout droit confère à celui qui en est investi une faculté, c'est-à-dire, un *pouvoir;* mais la portée et l'étendue de ce pouvoir ne sont pas toujours les mêmes.

1° *Jura in re.* — Quelquefois ce pouvoir peut s'exercer envers et contre tous, *adversus omnes;* mais alors il n'impose aux autres hommes que le devoir purement négatif de ne rien faire qui trouble l'ayant droit dans la jouissance des avantages que la chose est susceptible de procurer : *jus ne alius impediat quominus commodum quoddam ex re capiam.* Quoique, en général, on ne puisse con-

(1) Sur cette matière, il faut consulter deux articles dans lesquels M. Blondeau a analysé la dissertation de Duroi. (Thémis, tom. VIII, pag. 1 à 32, et tom. IX, pag. 34 à 62.)

cevoir un *droit* sans une *obligation* correspondante, ici, néanmoins, l'obligation est de telle nature que, pesant également sur tous les hommes et n'astreignant nul d'entre eux en particulier à aucune prestation active quelconque, on peut, jusqu'à un certain point, faire abstraction des obligés pour ne considérer que la *chose* et l'*ayant-droit*.

Il résulte tout naturellement de là, qu'un *jus in re* peut et doit, en général, s'énoncer comme un assujettissement de la chose à la personne (*quasi rei subjectio*); sans faire mention des rapports que ce droit établit entre celui qui en est investi et les autres hommes. Ainsi, quand je dis : *Cette maison est à moi; j'ai un droit d'usufruit, de passage, d'hypothèque sur ce fonds,* j'exprime une idée complète, une idée à laquelle rien ne manque; parce qu'il est sous-entendu que ce droit de propriété, d'usufruit, de passage, d'hypothèque, je puis m'en prévaloir envers et contre tous. Et de même que la propriété nous apparaît nécessairement comme un *jus adversus omnes,* parce que, s'il y avait *une seule* personne qui ne fût pas tenue de le respecter, ce droit serait précaire et illusoire; de même nous sommes conduits à dire que l'obligation correspondante à ce droit doit être purement négative : car, puisqu'elle pèse également et indistinctement sur tous, on ne comprendrait pas que tous fussent tenus envers un seul à un service *actif* quelconque.

L'idée de ce devoir négatif que le *jus in re* impose aux autres hommes est si peu nécessaire à

la notion exacte et complète du droit lui-même, que les jurisconsultes romains classiques ne voyaient pas même dans ce devoir une *obligation* proprement dite : aussi disaient-ils, en parlant de celui qui est actionné comme *détenteur* du bien d'autrui, qu'il n'est nullement obligé envers le propriétaire : *nullo jure ei obligatus est ;* ce qui est faux, si on prend le mot obligation dans le sens philosophique et moral; mais ce qui est vrai si on prend ce mot dans le sens technique qu'il a dans la science du droit (1).

2° *Jura ad rem.* — Quelquefois, au contraire, le pouvoir qui résulte d'un droit ne peut être exercé que contre une ou quelques personnes déterminées, *adversus certam personam.* Les droits de cette nature consistent en un lien de droit (*vincu-*

---

(1) «... Aut cum eo agit qui *nullo jure ei obligatus est*, «movet tamen de aliqua re controversiam...» (Justinian., § 1, Instit., *de Actionib.*)—Notre code civil ne s'est pas toujours exprimé avec cette précision de langage. Dans les articles 639, 651, 652, il appelle formellement *obligation* le devoir correspondant à des servitudes réelles, c'est-à-dire à des *jura in re;* mais ce n'est là qu'une inexactitude de mots; car, au fond, non-seulement le code civil admet, comme le droit romain, que la servitude n'astreint personne à des prestations actives; mais il ne permet même pas les conventions qui imposeraient une telle obligation à la personne du propriétaire du fonds servant (art. 686): voyez cependant les articles 605 et 663, dans lesquels quelques auteurs ont voulu voir, mais à tort selon moi, une exception à ce principe.

*lum juris*), qui met une personne déterminée (*débiteur*) dans la nécessité de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose au profit d'une autre personne (*créancier*). Ce lien spécial c'est l'*obligation* proprement dite, expression qui, d'ailleurs, s'applique aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif du lien.

Il est évident qu'un droit de cette nature ne serait pas énoncé d'une manière complète, si on ne mentionnait pas le nom de la personne obligée: car, de cette personne, de sa solvabilité, de sa fidélité à remplir ses engagements, souvent même de son existence, dépend toute la valeur pratique du *jus ad rem*. Ainsi je ne donnerais pas une notion suffisante de mon droit, en disant : *Il m'est dû telle maison, telle somme d'argent;* il faut dire aussi *quelle personne* me doit cette maison ou cette somme.

Aussi, de même que la nature des choses avait conduit les jurisconsultes romains à énoncer les *jura in re* comme un assujettissement de la chose à la personne (*subjectio rei*), elle les avait conduits à exprimer le *jus ad rem*, comme un devoir de la personne envers la personne (*officium personæ*).

II. Abstraction faite des formes de langage si différentes, par lesquelles sont désignés soit les *jura in re*, soit les *jura ad rem*, il est aisé de voir combien ces deux classes de droits diffèrent profondément entre elles.

Par le *jus in re*, j'ai sur la chose un pouvoir immédiat et direct dont je puis me prévaloir

contre quiconque mettrait obstacle à l'exercice de mon droit; je suis en quelque sorte en contact avec la chose même. Par le *jus ad rem*, alors même qu'il a aussi une chose pour objet, je n'ai sur la chose aucune puissance directe et immédiate, et je ne puis arriver à elle que par l'intermédiaire du débiteur, qui reste en quelque sorte interposé entre la chose et moi.

Il ne faut donc pas confondre, comme on le fait si souvent, le *jus in re* avec le *jus ad rem* tendant à la délivrance de la chose. Quand j'ai le *jus in re*, je puis réclamer la chose en quelques mains qu'elle soit; c'est le proverbe vulgaire : *je prends mon bien où je le trouve.* Si je n'ai qu'un *jus ad rem*, je pourrai bien exiger que mon débiteur soit contraint à me délivrer la chose s'il la possède; mais si cette chose n'est plus en sa possession, si elle est passée en d'autres mains, je ne pourrai la réclamer de ceux qui la posséderaient; et mon droit à la chose même se convertira en un droit tout différent, celui d'obtenir des dommages-intérêts contre mon débiteur, à raison du préjudice que me fait éprouver le non-accomplissement de son obligation.

Encore une fois, cette division des droits en *jura in re* et *jura ad rem*, n'est point une théorie purement arbitraire; elle ne fait que traduire la diversité qui existe entre les rapports qui, dans tous les temps et dans tous les pays, ont été considérés comme nécessaires à l'existence même des sociétés; elle a été constatée, mais non créée par

les jurisconsultes; et cela est si vrai, qu'elle n'est pas même posée dogmatiquement par les jurisconsultes romains classiques.

Au reste, de ce qu'il existe dans toutes les législations des droits *adversus omnes* et des droits *adversus certam personam*, il ne faut pas en conclure que, chez tous les peuples, le nombre et l'étendue de ces droits soient les mêmes. — Ainsi, pour ne parler que des *jura in re*, les Romains ont, pendant plusieurs siècles, ignoré jusqu'à l'existence du droit hypothécaire (§ 286); l'emphytéose ne fut aussi que fort tard comprise parmi les droits réels (§ 287). Chez nous, on dispute encore pour savoir si le droit de l'antichrésiste et celui du locataire sont des *jura in re* ou seulement des *jura ad rem*. Enfin, la propriété même, cette base nécessaire de toute société humaine, est loin d'avoir dans tous les pays les mêmes caractères et la même étendue.

III. A la distinction des *jura in re* et des *jura ad rem* se rattache aussi, dans presque tous les pays, une autre théorie d'un grand intérêt pratique. On a généralement admis que le *jus ad rem* peut résulter de la seule convention des parties; mais on a exigé quelque chose de plus pour la transmission des *jura in re* d'une personne à une autre (1).

---

(1) Ce qui suit n'est que le résumé d'une dissertation que j'ai publiée en 1829, et dans laquelle le riche sujet de l'acquisition des droits réels se trouve traité avec des dé-

C'était à Rome un principe constant que : « *Traditionibus* et usucapionibus, non nudis *pactis dominia* rerum transferuntur » (1).

Ces principes avaient passé dans notre ancien droit. En pays de droit écrit, et aussi dans la plupart des pays de coutume, on suivait le principe que soit pour les meubles, soit pour les immeubles, la propriété n'est transférée, à l'égard des tiers, que par la *tradition*. Dans quelques coutumes, ce n'était pas la tradition, mais la transcription du contrat d'aliénation au greffe de la justice locale qui consommait le transfert du droit réel (2). — Ce dernier système fut régularisé et étendu à toute la France par la loi du 11 brumaire an VII,

---

veloppements qui seraient déplacés dans cet ouvrage, où cette matière ne peut figurer qu'incidemment.

(1) Diocl. et Max., L. 20, C., *de Pactis*. — La règle établie dans ce texte n'est pas formulée d'une manière assez générale. D'une part, aux mots *traditionibus* et *usucapionibus*, il aurait fallu ajouter *mancipationibus*, *in jure cessionibus*, etc. D'autre part, l'expression *nudis pactis* est trop restreinte, puisque les *stipulations* ne sont pas moins impuissantes que les *nuda pacta*, quand il s'agit du transfert soit de la propriété, soit des servitudes.

(2) C'est ce qu'on appelait les coutumes de *nantissement*. Le nantissement était désigné aussi, selon les localités, par les expressions de *saisine*, *dessaisine*, *adhéritance*, *déshéritance*, *mise de fait*, *œuvres de loi*, *devoir de loi*, etc. Ce régime de publicité, dont l'origine était féodale, était suivi dans quelques-unes de nos provinces du nord et dans une grande partie de l'Europe septentrionale, notamment en Belgique, en Hollande, en Suède, dans une partie de la Prusse, etc.

mais seulement pour deux *jura in re*, la *propriété* et l'*hypothèque*. Sous l'empire de cette loi, la convention ne transférait à l'acquéreur qu'une simple créance (*jus ad rem*), susceptible de se transformer en *jus in re*, opposable à tous, par la transcription ou l'inscription du contrat sur les registres publics : et c'est là ce qu'on appelle *régime de publicité*.

Le Code civil *paraît* s'être écarté du principe de la loi de brumaire; du moins il a été interprété en ce sens, que la vente suffit, indépendamment de toute tradition et de toute transcription, pour rendre immédiatement l'acheteur propriétaire, même à l'égard des tiers (1).

Pendant que nous abandonnions ainsi le principe de la publicité, les autres peuples s'appliquaient, au contraire, à le développer et à l'étendre à tous les autres droits réels. Aujourd'hui, la législation civile en Europe tend évidemment à faire prévaloir ce principe, que nul ne peut prétendre avoir un droit réel (*jus in re*) sur un immeuble, que du moment où il a rendu son contrat public en le faisant transcrire ou inscrire sur les registres hypothécaires (2).

---

(1) Je dis *paraît*, car je crois avoir démontré, dans la dissertation rappelée plus haut, que le Code civil se prêtait très-bien à une interprétation qui aurait maintenu le principe de la loi de brumaire. Au surplus, le contraire est aujourd'hui chose jugée; on ne saurait plus y revenir que par voie législative.

(2) *Voy.* notamment le *Code autrichien* de 1812 ; — Le

Quoi qu'on en ait pu dire (1), le principe qui refuse à la simple convention la vertu de transférer le droit réel à l'égard des tiers, me semble par lui-même très-conforme à la raison et à la nature des choses. Même en laissant de côté les considérations d'économie politique qui militent si puissamment pour le régime de la publicité, on peut justifier ce principe par la nature même des conventions. Il ne me semble pas, en effet, qu'il soit dans la nature des conventions de produire immédiatement des *jura in re*, des droits *adversus omnes*. Si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi, c'est seulement *entre les parties* contractantes (Cod. civ., art. 1134). Quant aux *tiers*, dans l'ignorance invincible où ils se trouvent du fait de la convention, on ne saurait équitablement en faire peser sur eux les résultats; en d'autres termes, on ne peut les obliger à reconnaître, comme propriétaire, un acquéreur

---

Code hypothécaire *bavarois* du 1er juin 1822; — La loi hypothécaire de Wurtemberg du 25 mars 1825; — Et surtout le projet de Code hypothécaire du canton de Genève, rédigé en 1820 et 1821.

(1) M. Toullier (tom. IV, n° 68), et M. Troplong (Comm. sur la vente, tom. I, pag. 57), pensent qu'en proclamant le principe que la *convention suffit pour transférer la propriété*, les rédacteurs du Code civil ont opéré une réforme salutaire *réclamée par la raison;... que la bonne foi, l'équité et la justice doivent s'en applaudir...* Sur ce point mon opinion est diamétralement opposée à celle de ces deux savants jurisconsultes.

qui n'a encore manifesté, par aucun fait extérieur, la mutation survenue à son profit. Jusqu'à ce que cette manifestation ait eu lieu, qu'on dise, si l'on veut, que l'acquéreur est devenu propriétaire *à l'égard du vendeur* (C. C., art. 1683); en ce sens que celui-ci ne pourra plus, sans se rendre coupable de fraude, disposer une seconde fois de la chose vendue; mais que ce droit tout personnel résultant du contrat puisse être opposé aux tiers qui auraient contracté de bonne foi avec celui qui, pour eux, était encore propriétaire... c'est là ce qui ne me paraît conforme ni à l'équité, ni à la raison, ni aux principes de droit.

IV. J'emploie sans scrupule les expressions *jura in re* et *jura ad rem,* parce que, malgré leur latinité passablement barbare, ces locutions sont généralement admises; mais je dois faire remarquer qu'elles ne se rencontrent pas dans les écrits des jurisconsultes romains classiques.

Pour désigner le *jus ad rem,* le droit *adversus certam personam,* ces jurisconsultes employaient toujours le mot *obligatio.*

Quant aux *jura in re,* la langue latine ne fournissait aucune expression générique et technique. Le mot *jura* comprend tout aussi bien les droits personnels que les droits réels (1); et quant à l'expression *jus in re,* que l'on rencontre dans quelques textes, elle n'y est point employée dans un

(1) § 2, Instit., *de Reb. corp. et incorp.*

sens générique, pour marquer l'opposition entre les droits *adversus omnes* et les droits *adversus certam personam.* L'expression *dominium, dominia,* aurait été très-convenable pour désigner les droits réels : car, par son radical même, ce mot exprime très-heureusement ce qu'il y a d'absolu, de dominateur dans les *jura in re;* mais il ne paraît pas que les jurisconsultes aient jamais employé ce mot comme expression générique embrassant tous les droits réels.

C'est probablement par suite de cette absence d'une expression technique propre à désigner les droits réels, que les jurisconsultes romains n'avaient point établi, à l'égard de cette classe de droits, une théorie générale, comme ils l'ont fait, avec tant de netteté, à l'égard des obligations.

V. Une autre remarque importante, relative aux habitudes de langage des jurisconsultes romains, c'est que, bien que la propriété soit le *jus in re* par excellence, ils ne l'ont point comprise dans l'énumération des *jura,* parmi lesquels ils placent cependant les démembrements de la propriété. Cela tient uniquement à ce que, d'après le génie de la langue latine, pour exprimer le rapport légal de propriété, on ne dit pas : j'ai le *droit de propriété* sur cette chose, *aio mihi esse jus dominii in hac re;* mais plus simplement : cette chose est à moi, *aio hanc rem esse meam.* Cette façon de parler est après tout assez naturelle : car, précisément parce que la propriété est le droit le plus absolu, le plus entier qu'un homme puisse avoir

sur une chose, on sent moins le besoin de spécifier ce droit dans le discours (§ 272).

Toutefois, ces habitudes de langage n'avaient pas laissé d'exercer une influence assez fâcheuse sur la doctrine elle-même. Comme, en parlant de la propriété, ils ne nommaient jamais le *droit* (*chose incorporelle*), mais seulement la *chose corporelle* qui en était l'objet; tandis que, dans l'énoncé de tous les autres droits, la forme du langage appelait immédiatement l'attention sur le *droit* lui-même, cela avait conduit les Romains à dire de celui qui acquiert ou qui revendique le droit de propriété, qu'*il acquiert* ou qu'*il revendique une* CHOSE CORPORELLE; et, au contraire, de celui qui acquiert ou qui revendique un droit autre que la propriété, qu'*il acquiert* ou qu'*il revendique une* CHOSE INCORPORELLE. Aussi, en traitant les diverses questions relatives à l'acquisition, à la transmission, à la possession, à la revendication des *jura in re*, les jurisconsultes romains ont-ils constamment vu deux problèmes, là où en réalité il n'y en avait qu'un seul. Au lieu de se demander : *comment s'acquièrent, se possèdent, se revendiquent les droits réels*, ils se sont demandé, d'une part : *comment s'acquièrent, se possèdent, se revendiquent les choses* CORPORELLES; et, d'autre part : *comment s'acquièrent, se possèdent, se revendiquent les choses* INCORPORELLES. En réalité cependant, dans l'un et l'autre cas, il s'agit également d'acquérir, de posséder, de revendiquer un droit réel sur une chose corporelle.

Le problème étant ainsi posé, pour la propriété, en termes tout différents que pour les autres droits réels, la réaction que les signes des idées exercent malgré nous sur les idées elles-mêmes, devait conduire et a effectivement conduit les jurisconsultes romains, à admettre entre l'acquisition de la propriété et celle des autres droits réels, des différences qu'ils n'auraient probablement pas admises, si le problème eût été posé en termes plus exacts.

Sortons des généralités par un exemple. La *tradition* est une manière d'acquérir la propriété, mais les jurisconsultes la déclarent inapplicable à l'acquisition de l'usufruit... Pourquoi cela? C'est que, disent-ils, la tradition c'est la dation de la possession, et que nous ne pouvons posséder que les choses *corporelles*. Or, l'usufruit est une chose incorporelle. — Mais la propriété aussi est une chose *incorporelle;* et, par conséquent, si la raison était bonne, la tradition ne serait pas plus applicable à la propriété qu'à l'usufruit. La doctrine ne repose évidemment ici que sur un jeu de mots, existant dans l'énoncé du problème : en parlant de la propriété, on demande, non pas comment s'acquiert le droit (*chose incorporelle*), mais comment s'acquiert la *chose;* au contraire, en parlant de l'usufruit, on demande comment s'acquiert le *droit*. — Mais si, laissant de côté les mots, on s'attache au fond des choses, on ne tarde pas à reconnaître que la tradition aurait pu s'appliquer tout aussi bien à l'usufruit qu'à la

propriété. Pourquoi, en effet, ne pourrais-je pas vous livrer une chose pour en jouir en qualité d'*usufruitier*, comme je vous la livre pour en disposer en qualité de *propriétaire*? dans l'un et l'autre cas, je vous livre une chose corporelle, et la différence ne porte que sur les droits (*choses incorporelles*) que j'entends vous conférer. Mais, si la tradition suffit pour *réaliser* ma volonté de vous rendre propriétaire, pourquoi ne suffirait-elle pas pour réaliser ma volonté de vous rendre usufruitier?

§ 275. — Continuation du même sujet. — Influence des habitudes de langage sur la distinction des actions *in rem* et *in personam*.

Tout *jus in re* étant *adversus omnes*, il semble que toute action fondée sur un droit de cette espèce devrait être conçue *in rem :* on ne voit, en effet, aucune raison pour que, dans l'*intentio* d'une action pareille, le demandeur soit conduit à nommer la *personne* de son adversaire (§ 273 et § 274). — A l'inverse, le *jus ad rem* étant nécessairement *adversus certam personam*, on concevrait difficilement que le demandeur pût énoncer sa créance sans indiquer la personne de son débiteur.

Il semble donc qu'on pourrait définir l'action *réelle*, celle qui repose sur la violation d'un *jus in re;* et l'action *personnelle*, celle qui repose sur la violation d'un *jus ad rem*.

Toutefois, en parcourant la série des actions

qualifiées par les Romains d'*in rem* ou d'*in personam*, on en rencontre plusieurs qui paraissent troubler ce parallélisme, que la nature des choses semble devoir établir nécessairement entre la division des *jura in re* et des *jura ad rem*, et celle des actions *in rem* et *in personam*. Ainsi, d'un côté, nous voyons le droit de propriété (*jus in re*) protégé en plusieurs circonstances par des actions *in personam;* et, à l'inverse, nous rencontrons des obligations (*jura ad rem*) garanties par des actions qui présentent, sous plusieurs rapports, les caractères qu'on regarde communément comme propres aux actions *in rem*. — Nous allons parcourir rapidement les espèces principales.

I. L'action *ad exhibendum* s'intente contre quiconque détient la chose dont l'exhibition est demandée (1); d'un autre côté, elle protége la propriété, en ce sens du moins que, le plus souvent, elle a pour but de préparer les voies à une revendication que le demandeur se propose d'exercer ensuite sur la chose exhibée (2). A ne considérer que le fond des choses, cette action avait donc les principaux caractères qui se rencontrent dans les actions *in rem;* et cependant, il est bien certain que l'*intentio* en était rédigée *in personam :* SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO

(1) Ulpian., L. 3, § 15; — Pompon., L. 4; — Ulpian., L. 5, ff., *ad exhib.*

(2) Ulpian., L. 1; L. 3, § 3 et § 4, ff., *ad exhib.* — Cf. Ulpian., L. 3, § 6; — Paul., L. 6, ff., *eod.*

REM EXHIBERE OPORTERE (1). — De là plusieurs questions embarrassantes : — Comment une action protectrice de droits réels peut-elle être conçue *in personam*? — Comment la détention devient-elle pour le possesseur la source d'une obligation, quand on agit contre lui par action *ad exhibendum;* tandis que, si on agissait par revendication, les textes disent positivement que le détenteur *nullo jure obligatus est*?

A la première question on peut répondre, que quoique l'action *ad exhibendum* ait souvent pour but de protéger la propriété, cependant la propriété n'y est point mise en litige : « Qui ad exhibendum agit, *non* utique *se dominum dicit, nec* « *debet ostendere*, quum multæ sint causæ ad exhibendum agendi » (2).

Il est plus difficile de répondre à la seconde question. Dira-t-on que le devoir d'exhiber n'est point une obligation proprement dite; parce que l'action *ad exhibendum* étant *arbitraire*, le défendeur peut éviter la condamnation en exhibant volontairement sur l'ordre du juge?... Mais cette réponse est insuffisante par plusieurs raisons. D'abord, cette faculté d'éviter la condamnation en obéissant à l'ordre du juge existe pour plusieurs autres actions *in personam*, qui paraissent

---

(1) « Est autem *personalis* hæc actio, et ei competit qui « in rem acturus est qualicumque *in rem* actione... (Ulpian., L. 3, § 3, ff., *ad exhib.*)

(2) Ulpian., L. 3, § 1, ff., *ad exhib.*

néanmoins fondées sur des obligations proprement dites : cette faculté n'est donc pas l'indice d'une obligation d'une nature particulière. D'ailleurs, comme à cet égard la position du détenteur est la même dans la revendication que dans l'action *ad exhibendum*, resterait toujours à expliquer pourquoi les Romains avaient cru pouvoir énoncer, sous forme d'obligation (*si paret... exhibere oportere*), dans cette seconde action, le même rapport légal dont ils disaient dans la première *nullo jure obligatus est.*

Concluons de là, que si la formule de l'action *ad exhibendum* était conçue *in personam*, cela tenait moins au fond des choses qu'à des habitudes de langage. Pour moi, je n'aperçois aucune raison solide qui eût pu s'opposer à ce que l'*intentio* de l'action *ad exhibendum* fut conçue *in rem*, en cette forme : *Si paret rem Titio esse exhibendam*, ou sous celle-ci : *Si paret Titio jus esse ut res exhibeatur* : le nom du défendeur ne paraît pas plus nécessaire dans l'*intentio* de cette action que dans celle de la revendication, puisque l'une et l'autre se donnent contre le détenteur, abstraction faite de tout rapport légal préexistant.

II. L'action *finium regundorum* donne lieu à des observations analogues.

Cette action était conçue *in personam*, cela est hors de doute; et cependant elle était évidemment protectrice du droit de propriété. Qu'importe, en effet, que je dise : *Je soutiens que ce fonds est à moi jusqu'à telle limite*, ce qui serait

une revendication; ou bien que je dise : *Je soutiens que Mœvius est obligé de concourir avec moi au bornage de nos deux propriétés*, ce qui paraît avoir été la formule de l'action *finium regundorum* (1) : dans l'un et l'autre cas, j'arrive en définitive à me faire reconnaître propriétaire jusqu'à telle limite. Sans doute, dans la pratique, il pouvait ne pas être indifférent d'agir par l'une ou par l'autre forme. Le demandeur devait, en général, préférer l'action *finium regundorum;* soit parce que, d'après l'énoncé même de cette action, la preuve à faire était moins difficile que s'il eût agi par revendication ; soit parce que l'arbitre chargé du bornage pouvait substituer à la limite réelle une limite plus facile à reconnaître; mais, au fond, le résultat était le même, à savoir, une déclaration de propriété au profit du demandeur. Aussi conçoit-on très-bien que l'action *finium regundorum* eût pu être rédigée *in rem*, en cette manière : *Si paret fines inter Aulum Agerium et Numerium Negidium esse regundas*. Dans cette action, pas plus que dans l'action confessoire : *Si paret Aulo Agerio jus esse ut Numerius Negidius flumen recipiat;* l'indication du défendeur (*Nume-*

---

(1) La formule *finium regundorum* ne nous a pas été conservée; cela est d'autant plus fâcheux, que les procès en bornage se présentant sous des physionomies très-variées, il eût été intéressant de savoir comment une même formule pouvait suffire à tous les cas. (*Voy.*, ci-après, § 293.)

*rius Negidius*) n'est point un obstacle à ce que l'*intentio* soit *in rem*, parce que la pensée est immédiatement dirigée sur un droit que le demandeur prétend lui appartenir, et que la prestation à la charge du voisin n'est énoncée que secondairement, comme un des effets du droit du demandeur (1).

Au reste, les jurisconsultes romains eux-mêmes justifient ces observations. Paul nous dit : « Actio « finium regundorum *in personam* est, licet *pro « vindicatione* rei sit » (2).

Nous reviendrons bientôt sur ce point en parlant des actions *mixtes* (§ 292); mais, dès à présent, ne sommes-nous pas autorisés à dire de l'action *finium regundorum* comme de l'action *ad exhibendum*, que son classement dans les actions *in personam* tenait bien plus à des accidents de langage qu'à la nature du droit mis en litige?

III. L'action noxale, donnée à raison des délits commis par un esclave, doit être dirigée, non contre le maître auquel l'esclave appartenait au moment où le délit a été commis, mais bien contre celui auquel l'esclave appartient au moment où

---

(1) Il ne faut pas confondre cette formule avec celle-ci : *Si paret Numerium Negidium flumen Auli Agerii recipere oportere*, qui est *in personam*, parce que la prestation du défendeur y est présentée comme question directement et immédiatement soumise à l'examen du juge.

(2) Paul., L. 1, ff., *finium regund.* — Cf. Ulpian., L. 8, ff., *eod.*

le procès est intenté : car l'action noxale suit l'esclave en quelques mains qu'il passe : *noxa caput sequitur*(1). D'un autre côté, le maître de l'esclave, actionné à raison de la noxe, peut toujours se libérer en abandonnant au demandeur l'esclave auteur du délit, de même qu'un tiers détenteur attaqué par action *in rem* peut se soustraire à la condamnation en délaissant la chose litigieuse à celui qui la revendique. Il y a même dans l'action noxale quelque chose de moins personnel encore que dans l'action en revendication; car, dans celle-ci, si le défendeur se laisse condamner, il devient personnellement obligé au montant des condamnations; tandis que le maître peut impunément attendre la sentence du juge. Cette sentence, toujours conçue d'une manière alternative, laissera au maître condamné le choix ou de payer ou d'abandonner l'esclave noxal (2). A ne considérer que le fond des choses, l'action noxale semble donc plutôt une action *in rem* qu'une action *in personam*.

Et cependant il est certain que cette action était conçue *in personam ;* car elle mettait en question l'obligation résultant du délit de l'esclave : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM, OB FURTUM PAMPHILI, AULO AGERIO DAMNUM DECIDERE OPORTERE...

---

(1) Ulpian., L. 7; L. 36; L. 38, pr., et § 1, ff., *de Noxal. act.* — § 5, Instit., *de Noxal. act.*

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 75.— § 1, Instit., *de Offic. judic.*

Ici encore on comprend très-bien que l'action eût pu être rédigée *in rem : Si paret jus esse Aulo Agerio ut damnum a Pamphilo commissum resarciatur...*

IV. L'action *quod metus causa* se donne non-seulement contre l'auteur de la violence, mais aussi contre ses héritiers en tant qu'ils sont devenus plus riches (1), et même contre tout détenteur de bonne foi de la chose extorquée par violence (2). Pour exprimer ce caractère, qui la sépare profondément de l'action *de dolo*, on dit que l'action *quod metus causa* est *scripta in rem* : « Cum autem « hæc actio *in rem sit scripta*, nec personam vim « facientis coerceat, sed *adversus omnes* restitui « velit, quod metus causa factum est... » (1). Ulpien dit encore, en parlant de l'édit du préteur qui a imaginé cette action : « Prætor *generaliter* et *in* « *rem* loquitur, nec adjicit *a quo* gestum est » (2). Cependant il est constant que cette action, de même que l'action *de dolo*, est *personnelle*, du moins autant que peuvent l'être des actions *in factum* (3) : ces deux actions sont en effet *in factum*, puisqu'elles sont purement prétoriennes, et ne reposent sur aucun principe de droit civil réel ou supposé (§ 260 et § 270).

En quel sens donc dit-on qu'elle est *scripta in rem?* C'est uniquement pour indiquer que la

---

(1) Ulpian., L. 9, § 8, ff., *Quod metus causa.*

(2) Ulpian., L. 9, § 1, ff., *Quod metus causa.*

(3) *Voyez*, ci-après, le n° VII de ce paragraphe.

*crainte*, qui sert de base à cette action, est mentionnée dans la formule d'une manière générale, sans indication de la personne qui s'en est rendue coupable : « In hac actione non quæritur utrum « is, qui convenitur, an alius metum fecit : suf-« ficit enim hoc docere metum sibi illatum vel « vim; et ex hac re eum qui convenitur, etsi cri-« mine caret, lucrum tamen sensisse : nam cum « metus in se habeat ignorantiam, merito quis non « adstringitur ut *designet quis ei metum vel vim* « *adhibuit:* et ideo ad hoc tantum actor adstringi-« tur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui « acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, « vel quid aliud faceret... » (1). — Ainsi donc les expressions *generaliter* et *in rem* se réfèrent non pas à l'*énoncé du droit* du demandeur, ce qui en ferait une véritable action *in rem*, mais seulement à la manière dont le fait de violence est rappelé.

Cette action est remarquable au point de vue qui nous préoccupe surtout en ce moment : elle prouve : 1° qu'une action peut être donnée *adversus omnes* sans cesser pour cela d'être personnelle; 2° qu'une action n'est pas *in rem* par cela seul que le fait générateur de cette action serait étranger au défendeur.

Au reste, c'est à tort que quelques interprètes ont étendu la dénomination d'action *personnelle, in rem scripta*, soit aux actions *noxales*, soit à l'ac-

(1) Ulpian., L. 14, § 3, ff., *Quod metus causa.*

tion *ad exhibendum :* si ces actions personnelles paraissent *in rem* en ce qu'elles sont données contre tout détenteur, c'est sous un tout autre point de vue que celui qui fait appliquer cette dénomination à l'action *quod metus causa.*

V. Nous venons de parcourir des actions personnelles qui présentaient des caractères analogues à ceux des actions *in rem :* en sens inverse, on peut signaler dans les actions réelles, des circonstances qui, jusqu'à un certain point, tendraient à les rapprocher des actions *in personam.*

Ainsi la pétition d'hérédité, qui n'est autre chose qu'une revendication universelle (SI PARET HÆREDITATEM AULI AGERII ESSE) était *in rem;* et cependant elle comprenait à la charge du détenteur des prestations nombreuses et importantes : « Petitio hæreditatis, *etsi in rem actio sit,* habet « tamen *præstationes* quasdam *personales,* ut pu- « ta, eorum quæ a debitoribus sunt exacta, item « pretiorum » (1).

Pareillement, dans la revendication, l'action réelle par excellence, le détenteur est tenu personnellement à raison des fruits perçus et consommés de mauvaise foi et aussi à raison des détériorations que la chose aura subies par son fait. Et ces détériorations constituent si bien pour le détenteur une *obligation* proprement dite, qu'il peut en réclamer séparément la réparation par

(1) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Hæredit. petit.;* et passim, *eod.*

une action *in personam* distincte de l'action en revendication (1).

Je pense qu'il en serait de même des fruits consommés de mauvaise foi; et que le propriétaire, qui ne voudrait pas en soumettre l'appréciation au juge saisi de la revendication, pourrait, après le jugement de cette action, réclamer la valeur de ces fruits par une action personnelle (*condictio*); pourvu, bien entendu, qu'il eût eu soin de faire ses réserves (*præscriptio* : § 185 à 188) à cet égard lors du procès sur l'action réelle.

Si, malgré ce mélange de prestations personnelles, la pétition d'hérédité et la revendication restent néanmoins actions *in rem*, cela tient sans doute à ce que l'*intentio* (*si paret hæreditatem* (ou *rem*) *Titii esse*) ne soumettait point *expressément* ces obligations personnelles à l'appréciation du juge, qui n'en connaissait que comme d'un *accessoire* de l'objet principal de l'action.

VI. Pour compléter ces observations critiques, nous devons signaler à l'attention du lecteur certaines actions, qui paraissent rester en dehors de la division dont nous cherchons en ce moment à préciser la nature.

Telles sont principalement les actions *in factum*, classe pourtant si nombreuse et si importante, puisqu'elle comprend la presque totalité des actions prétoriennes (§§ 260 et 270). Les formules

(1) Ulpian., L. 13 et L. 15, ff., *de Rei vindicat.* — Paul., L. 14 et L. 27, § 2, *eod.*

*in factum* sont conçues de telle manière (§ 174) que ces actions ne rentrent, à proprement parler, dans aucune des définitions que soit Gaius, soit Justinien, nous ont données des actions *in rem* et *in personam*. En effet, d'après ces définitions, c'est par l'*intentio* que se détermine le caractère réel ou personnel de l'action; et l'action est *in rem* ou *in personam*, selon que cette partie de la formule présente à juger une question de propriété, de servitude, d'usufruit (*si paret rem Titii esse. — Si paret Titio esse jus utendi fruendi, jus eundi*...), ou la question de savoir si le défendeur est obligé envers le demandeur (*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere... damnum pro fure decidere oportere*) : or, dans les actions *in factum*, l'*intentio* ne soulève, au moins en la forme du langage, aucune question de cette espèce; elle semble ne soumettre au juge qu'une pure question *de fait* (*si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium deposuisse*).

Au reste, en signalant plus haut les différences entre les actions *in jus* et les actions *in factum*, nous avons déjà fait remarquer que la tournure particulière adoptée par le préteur dans la rédaction des formules *in factum*, n'était qu'un artifice de langage, pour dissimuler une question de droit qui n'en existe pas moins pour cela au fond des choses; et qu'en définitive, le *fait* dont le préteur faisait dépendre la condamnation du défendeur, doit être considéré comme la cause d'une véritable *obligation* sur laquelle le demandeur s'appuyait

implicitement pour demander la condamnation de son adversaire. Ainsi donc, en s'attachant au fond des choses, on doit décider que les actions *in factum* sont *in personam*.

VII. Les *præjudicia*, dont il a été parlé au § 180, et sur lesquels nous reviendrons encore dans la sixième division, ne sont non plus, à proprement parler, ni des actions *in rem* ni des actions *in personam* : les questions qui y sont soumises à l'appréciation des juges ne sont, en effet, ni des questions de propriété ni des questions d'obligation. C'est donc avec raison que Justinien a dit : « Præjudiciales actiones *videntur* esse *in rem* » (1). En effet, si, d'une part, en raison de la nature des questions qui y sont soulevées, les *præjudicia* semblent rester en dehors de la division des actions *in rem* et *in personam*, d'autre part, il est évident que la manière dont les questions sont formulées (*si paret Titium esse liberum?*) se rapproche plutôt de la tournure des actions *in rem* que de celle des actions *in personam*, puisque le défendeur n'y est point présenté comme *obligé* envers le demandeur.

Au surplus, si les *præjudicia* ne sont pas non plus des actions *in rem* proprement dites (2), cela

---

(1) Justinian., § 13, Instit., *de Actionib.* — Cf. Gaius, *Comm.*, IV, § 87.

(2) Les *præjudicia* sont même quelquefois opposés aux *vindicationes*. (Ulpian., L. 37, ff., *de Obligat. et act.* — Ulpian., L. 1, § 2, ff., *de Rei vindicat.*)

paraît tenir surtout à ce que, soit dans la division des *jura in re* et des *jura ad rem,* soit dans la division des actions *in rem* et *in personam*, les jurisconsultes romains paraissent n'avoir jamais eu en vue que les droits et les actions qui se rattachent au patrimoine des particuliers, et nullement cette classe de droits que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de *droits des personnes*, expression assez inexacte d'ailleurs; car les droits qui constituent l'état civil ou politique des personnes sont bien plutôt des *aptitudes* à exercer des droits que des droits positifs: telles étaient à Rome la liberté, l'ingénuité, la nationalité, la qualité de père ou de fils de famille, celle de *vir* ou *uxor,* etc. etc.

VIII. Concluons de tout ce qui précède que, bien qu'en général la division des actions *in rem* et *in personam* se présente symétriquement à celle des *jura in re* et des *jura ad rem*, cependant ces deux divisions ne cadrent pas toujours exactement, parce que les habitudes du langage avaient exercé une notable influence sur le placement de telle ou telle action dans l'une ou l'autre classe.

## I. *ACTIONS RÉELLES* (IN REM).

### § 276. — Des diverses classes d'actions réelles.

Les actions réelles sont aussi désignées par les expressions de *petitiones* (1) et de *vindicationes* (2).

(1) Ulpian., L. 178, § 2, ff., *de Verb. signif.*

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 5; § 15, Instit., *de Actionib.*

Elles sont ou civiles ou prétoriennes. — Les actions réelles civiles sont la revendication pour le droit de propriété (§ 278); l'action confessoire et l'action négatoire pour les servitudes, tant personnelles que réelles (§ 279 et 280); la pétition d'hérédité (§ 281). — Les actions réelles prétoriennes sont la publicienne (§ 282), l'inverse de la publicienne (§ 283), la paulienne (§ 384), la servienne et la quasi-servienne ou action hypothécaire (§ 285 et 286).

L'action réelle qui a pour objet de garantir le droit de propriété, était plus spécialement désignée par le nom de *rei vindicatio*, ou *vindicatio rei corporalis;* les autres actions réelles étaient appelées simplement *vindicationes*, ou *vindicationes rerum incorporalium.* Ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer (§ 274, n° V, p. 63), cela tient aux formes du langage : pour énoncer le rapport de propriété, les Romains ne disaient pas : « Je soutiens que j'ai sur cette chose un droit de propriété, » mais simplement : « Je soutiens que cette chose est à moi ; » ainsi la formule n'énonce pas le droit (*res incorporalis*), mais seulement la chose corporelle sur laquelle porte le droit. Cette tournure de langage est également usitée chez nous, et elle est naturelle ; en effet, la propriété étant la somme de tous les droits que l'homme peut avoir sur une chose, se confond en quelque sorte avec la chose elle-même. Au contraire, quand je prétends seulement avoir sur la chose un démembrement du droit de propriété, il faut nécessairement que

je soutienne que l'usufruit de ce fonds est à moi; alors c'est le droit (*res incorporalis*) qui figure dans l'énoncé de la formule; et l'action réelle est dite dans ce cas *vindicatio rei incorporalis* (1).

§ 277. — Courte digression sur la propriété romaine.

On comprendrait difficilement ce qui va être dit au sujet de plusieurs actions réelles, si l'on n'avait pas présents à l'esprit les principes du droit romain relatifs à la propriété et aux manières de l'acquérir. Cette partie de l'histoire du droit romain, qui est fort compliquée, mériterait un traité spécial : nous n'en dirons ici que ce qui est strictement nécessaire pour l'intelligence du sujet auquel ce livre est principalement consacré (2).

I. Au temps des jurisconsultes classiques, la théorie légale de la propriété reposait sur une triple distinction, portant tout à la fois sur les choses à acquérir, sur les modes d'acquisition, et sur le droit qui en résultait.

1° La première distinction se réfère aux choses mêmes soumises au droit de propriété : ces cho-

(1) Gaius, *Comm.* IV, 3; §§ 1 et 2, Instit., *de Actionib.*

(2) On peut voir cette matière traitée avec plus de détail dans deux notes que j'ai rédigées il y a déjà bien des années pour la Chrestomathie de M. Blondeau, et qui sont imprimées dans ce recueil, pag. 195-199 et 207-213. — On consultera surtout avec fruit un excellent opuscule publié par M. Pellat sous le titre de *Principes généraux du droit de propriété*, etc.; Paris, 1837.

ses sont dites *mancipi* ou *nec mancipi*, selon qu'elles sont ou non susceptibles de mancipation : « Man-« cipi vero res sunt quæ per mancipationem ad « alium transferuntur ; unde proprie mancipi res « sunt dictæ » (1).

Les choses *mancipi* sont toujours énumérées limitativement ; ce sont : les immeubles *italiques* (2),

---

(1) Gaius, *Comm.* II, § 22.— Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, § 1. — *Mancipi* est une contraction de *mancipii*, génitif de *mancipium*, expression qui se prend dans plusieurs sens différents. — *Mancipium* est pris dans le sens de *mancipatio* dans ce passage des XII Tables : « Cum nexum faciet *man-« cipiumque* uti lingua nuncupassit ita jus esto ; » et aussi dans Cicéron (*de Orat.*, I, 39 ; *de Offic.*, III, 16 ; *Topic.*, 10) ; Varron (*Re Rust.*, II, 10, n° 4) ; Ulpien (*Regul. lib.*, XIX, § 18), et Paul (*Sent. recept.*, IV, 8, § 7), etc. — *Mancipium* indique une puissance analogue à celle du maître sur l'esclave, et qui s'établissait sur les personnes libres vendues par le père de famille (Gaius, *Comm.* I, § 116-123). — Il désigne aussi le droit de propriété, par exemple dans Lucrèce, III, vers. 984 : « Vita mancipio nulli datur, omnibus usui » ; dans Sénèque, lettre 72 : « Nihil dat fortuna mancipio. » Au reste, Brisson, bien avant Hugo, avait déjà fait remarquer que le mot *dominium*, employé pour exprimer le droit de *propriété*, est d'une époque assez récente : on ne le trouve que rarement, et avec des significations très-diverses, dans Cicéron et les auteurs du temps de la république. Le mot *proprietas*, d'où nous avons tiré notre mot *propriété*, est encore plus moderne : on le trouve pour la première fois dans Suétone (Galba, 7). — Enfin, *mancipium* se dit encore de la chose soumise au mancipium : c'est ainsi que les esclaves sont appelés *mancipia*.

(2) Je dis *italiques* plutôt que *situés en Italie*, parce que,

les *servitudes rurales* de ces mêmes immeubles, les esclaves et les bêtes de somme.

Toutes les autres choses sont *nec mancipi.* Ainsi on doit ranger dans cette seconde classe les *servitudes urbaines* et toutes les servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation), alors même qu'elles se rattachent aux fonds italiques ; enfin tous les biens mobiliers, animés ou inanimés, sous la seule déduction des esclaves et des bêtes de somme (1).

Quant aux *fonds provinciaux,* on les range parmi les choses *nec mancipi;* ce qui est vrai, si, par là, on veut seulement dire qu'ils ne sont pas *res mancipi;* mais ce qui serait inexact si, par là, on entendait que ces fonds sont en tout semblables aux autres choses *nec mancipi* dont nous venons de parler. Sous plusieurs rapports, en effet, les fonds provinciaux forment une classe de biens à part, distincts et des choses *mancipi* et des choses *nec mancipi.* — A la rigueur, et en théorie, les fonds provinciaux n'étaient pas dans le commerce relativement aux particuliers : la propriété civile du sol provincial appartenait au peuple romain ou à l'empereur; et les particuliers ne pouvaient avoir sur les fonds de cette nature qu'une sorte

---

dans les provinces mêmes, les fonds situés dans le territoire des cités jouissant du *jus italicum* étaient assimilés aux fonds situés dans l'Italie proprement dite. (*Voy.* §§ 51 et 67.)

(1) Gaius, *Comm.* II, §§ 16-22. — Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, § 1).

de possession ou d'usufruit. Les possesseurs des fonds provinciaux étaient soumis à une redevance qui, suivant que la province appartenait au peuple ou à l'empereur, était versée dans le trésor public ou dans le trésor impérial, et prenait, dans le premier cas, le nom de *stipendium,* dans le second, celui de *tributum* (1). — Cette propriété du peuple ou de l'empereur sur les fonds provinciaux était, au surplus, presque entièrement nominale : quant au résultat pratique, les possesseurs de ces fonds en tiraient à peu près les mêmes avantages que s'ils en eussent eu la propriété proprement dite : ils pouvaient notamment les transférer à d'autres et les transmettre à leurs héritiers. Seulement, comme ils ne pouvaient prétendre au titre de propriétaires *ex jure Quiritium,* on comprend que, dans une législation formaliste, comme était le droit romain, cette circonstance dût suffire pour rendre inapplicables aux fonds provinciaux la plupart des théories imaginées pour les fonds italiques.

Nous trouvons dans la constitution féodale des institutions tout à fait analogues à cette combinaison. Ainsi, la propriété du peuple et de l'empereur sur les fonds provinciaux semble être le type de la *directe seigneuriale ;* tandis que la *possession* de ces mêmes fonds par les particuliers res-

(1) Gaius, *Comm.* II, §§ 7 et 21. — Theophil., *ad* § 40, Instit., *de Rer. divis.* — Comparez ce que j'ai dit aux §§ 50 et 67.

semble beaucoup au *domaine utile* du vassal. Et la similitude est telle, que, de même que nos anciens feudistes confondaient souvent la censive *féodale* avec la censive *emphytéotique*, de même les Romains semblent avoir mis sur la même ligne l'emphytéote et le possesseur d'un fonds provincial. Si maintenant on compare les fonds italiques avec les fonds provinciaux, on ne peut manquer d'être frappé de la similitude existant entre les premiers et les *franc-alleux*, et de l'analogie des seconds avec les terres tenues en *fief* ou en *censive*.

2° D'après une seconde distinction, les modes d'acquérir étaient de deux espèces, les modes du *droit civil* et ceux du *droit des gens*.

On considérait comme appartenant au droit des gens la *tradition*, l'occupation, l'alluvion et les autres événements vulgairement compris sous le nom d'*accession*.

Les modes du droit civil étaient à titre universel ou à titre singulier : à titre universel, la succession testamentaire et *ab intestat*, l'adrogation, l'*emtio bonorum*, etc. etc.; à titre singulier, la mancipation, la *cessio in jure*, l'usucapion, l'adjudication, la loi (1).

La mancipation est par excellence un mode du droit civil : d'une part, elle ne peut s'appliquer qu'aux choses *mancipi*; et, d'autre part, elle ne

(1) § 11, Instit., *de Rer. divis.* — Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, § 2. — Varro, *Re Rust.*, XI, 10, n° 4. — Cf. la note sur ces deux derniers passages, *Chrestom.*, p. 276, note 2.

peut avoir lieu qu'entre citoyens romains, latins-coloniaires ou juniens, et ceux des pérégrins, auxquels on avait accordé le *jus commercii* (1).

A l'inverse, la *tradition*, qui est du droit des gens, est un mode d'acquérir propre aux choses *nec mancipi* (2). Elle est insuffisante pour faire acquérir la propriété civile des choses *mancipi*.

L'usucapion, l'*in jure cessio*, l'adjudication et la *loi* (3), bien qu'appartenant au droit civil, servaient indifféremment à l'acquisition des choses *mancipi* et à celle des choses *nec mancipi* (4).

3° Quant à la propriété, on pouvait en distinguer jusqu'à quatre espèces :

La propriété civile, désignée par la périphrase technique *ex jure Quiritium* (5) : c'est la propriété romaine (quiritaire) par excellence. On y ajoute

---

(1) Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, §§ 4 et 5. — Gaius, *Comm.* II, § 22. — Quant aux formes de la mancipation, *voy.* Gaius, *Comm.* I, § 119.

(2) Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, § 7.

(3) *Loi*... nous n'avons pu traduire autrement le mot *lege* employé par Ulpien : sous ce nom, ce jurisconsulte comprend certains legs, notamment, le legs *per vindicationem* et l'attribution à certaines personnes par la loi Papia Poppæa des dispositions testamentaires caduques : Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, § 17. — Gaius, *Comm.* II, §§ 194 et 222.

(4) Ulpian., *Regul. lib.*, XIX, §§ 8, 9, 16 et 17. — Pour les détails sur ces divers modes d'acquérir, *voy.* Ulpian., *loc. cit.*; Gaius, *Comm.* II, § 24 et passim.

(5) Et aussi *mancipium*, *dominium* : voyez, ci-dessus, page 82, note 1.

quelquefois l'épithète de *plenum,* par opposition à l'*ex jure Quiritium nudum* et à l'*in bonis,* qui n'en sont que des démembrements.

L'*in bonis,* propriété du droit des gens, que le droit civil ne reconnaît pas, mais que le droit prétorien protége, ainsi que nous le verrons au § 282, en parlant de l'action publicienne.

L'*ex jure Quiritium nudum :* c'est la propriété civile ou quiritaire, quand l'*in bonis* s'en trouve détaché. En pratique, ce titre était à peu près nominal (1), bien que celui qui en était investi fût considéré par le droit civil comme étant encore seul propriétaire.

Enfin venait la possession des fonds provinciaux, sorte de propriété de fait, qui ressemble beaucoup à l'*in bonis,* avec lequel, cependant, il ne faut pas la confondre.

II. Il existe entre les trois distinctions que nous venons d'indiquer une connexité telle que chacune d'elles, considérée isolément, ne présenterait presque aucun sens. On peut s'en convaincre par les propositions suivantes, qui résument à peu près toute l'utilité pratique de ces distinctions à l'époque des jurisconsultes classiques.

1° Pour acquérir la *propriété quiritaire* d'une chose *mancipi*, il faut employer un *mode du droit civil.*

---

(1) *Voyez*, toutefois, Gaius, *Comm.* I, § 167, et Ulpian., *Regul. lib.*, I, 16; XI, 19.

2° Pour acquérir la *propriété quiritaire* d'une chose *nec mancipi*, il suffit d'employer un mode du *droit des gens*, et notamment la tradition.

3° Enfin, si, voulant acquérir une chose *mancipi*, on emploie la *tradition* (1), mode du droit des gens, au lieu de recourir à un mode du droit civil, l'acquéreur n'obtient sur la chose que l'espèce de propriété du droit des gens dite *in bonis;* et celui qui voulait aliéner conserve la propriété civile (*ex jure Quiritium nudum*) (2).

De ce qui précède on peut tirer les corollaires suivants :

Non seulement les choses *nec mancipi* sont sus-

---

(1) Je dis la *tradition*, et non pas, d'une manière générale, un mode du droit des gens; car, bien qu'il n'y ait pas de texte précis à cet égard, il est vraisemblable que l'*occupation*, l'*alluvion* et les divers événements assez mal à propos compris sous le nom d'*accession*, faisaient acquérir la propriété quiritaire, même sur les choses *mancipi*. Pour l'*occupation*, cela me paraît évident, surtout quand il s'agit du butin fait sur l'ennemi : « Maxime sua esse credebant, quæ « ex hostibus cepissent » (Gaius, *Comm.* IV, § 16). — Quant à l'accession, la question est plus difficile : au reste, dans les cas où l'accession est véritablement une manière d'acquérir, elle devait se présenter bien rarement à l'occasion d'une *res mancipi*. (*Voy.* ci-après, § 278, n° III.)

(2) Gaius, *Comm.* II, § 41 : « ... Si tibi rem *mancipi* neque « mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum *tradidero*, « *in bonis* quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium « autem mea permanebit; donec tu eam possidendo usu- « capias... »

ceptibles de domaine quiritaire tout aussi bien que les choses *mancipi ;* mais la propriété civile s'acquiert plus facilement sur les *nec mancipi res* que sur les *mancipi res;* puisque, pour ces dernières, il faut un mode du droit civil, tandis que pour les autres un mode du droit des gens suffit.

Pareillement, la propriété quiritaire peut résulter aussi bien d'un mode d'acquisition du droit des gens, que d'un mode d'acquisition du droit civil.

La propriété dite *in bonis* ne peut jamais se présenter qu'à l'occasion d'une chose *mancipi;* puisque, à l'égard des choses *nec mancipi*, la simple tradition suffit pour en obtenir le domaine quiritaire.

Il est très-vraisemblable que ce n'était jamais de propos délibéré que les parties établissaient l'*in bonis :* ce genre de propriété se présente toujours comme le résultat incomplet d'une acquisition pour laquelle les parties n'ont pas pu ou n'ont pas su remplir les formalités requises pour l'aliénation des choses *mancipi.*

Au surplus, nonobstant tant de données positives, fournies sur cette matière par le manuscrit de Vérone, il reste encore bien des points obscurs.

Ainsi, par exemple, aucun texte ne nous apprend si les pérégrins, qui n'avaient pas le *jus commercii,* pouvaient, ou non, acquérir le domaine quiritaire. Ulpien dit, il est vrai, que les pérégrins ne peuvent acquérir par *mancipation;* mais cela n'implique nullement qu'ils ne pussent acquérir la propriété civile sur les choses *nec mancipi*, puis-

que, pour celles-là, un mode du droit des gens suffisait (1).

On ne s'explique pas non plus pourquoi la mancipation, suffisante pour faire acquérir la propriété quiritaire d'une chose *mancipi*, n'avait cependant pas le pouvoir de transférer celle d'une chose *nec mancipi*.

III. Ces distinctions compliquées n'étaient point connues dans les premiers temps de Rome: cela est du moins certain pour la distinction du domaine (2); et l'intime connexité qui existe entre celle-ci et les deux autres ne permet guère de supposer que ces dernières aient pu exister sans la première. Ainsi, à cette époque ancienne, vaguement désignée dans Gaius par l'expression *olim*, il n'y avait qu'une seule espèce de propriété: la propriété romaine (*ex jure Quiritium*); et sans doute, aussi, on ne connaissait que les modes d'acquérir du *droit civil;* toutes les choses étaient donc *man-*

(1) D'un texte de Paul, rapporté par le compilateur anonyme des Fragments du Vatican, § 47, il semble résulter que les choses *mancipi*, par rapport aux Romains, et, notamment les esclaves, étaient réputées *nec mancipi* dans les rapports entre Romains et pérégrins.

(2) Gaius, *Comm.* II, § 40 : «Sequitur ut admoneamus «apud peregrinos unum esse dominium, ita ut dominus «quisque sit aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam «populus romanus *olim* utebatur : aut enim *ex jure Quiri-* «*tium unusquisque* dominus erat, aut non intelligebatur do- «minus; sed postea divisionem accepit dominium, ut alius «possit esse *ex* jure Quiritium dominus, alius in bonis «habere.»

*cipi,* en ce sens que, pour l'acquisition de toutes, il était nécessaire de recourir aux modes du droit civil. — Mais, plus tard, lorsque des relations plus fréquentes se furent établies entre les Romains et les étrangers, on sentit le besoin de posséder un mode d'aliénation qui pût servir aux transactions commerciales entre les Romains et les étrangers, et qui, en même temps, facilitât ces mêmes transactions entre Romains. Ce fut ainsi que la *tradition,* qui, d'après le droit civil, n'a d'autre effet que le transport de la *possession,* fut empruntée au droit des gens, comme événement translatif de propriété. — Cependant, cette facilité ne fut pas étendue à tous les biens indistinctement : l'aliénation de certaines choses resta soumise à l'observation des formes du droit civil; soit que, ces choses paraissant plus précieuses, on crût devoir entourer leur acquisition de plus de solennité; soit que, ces choses n'entrant pas dans le commerce journalier, on sentît moins, à leur égard, la gêne des formalités du droit civil. Ainsi durent naître, à peu près simultanément, la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi,* et celle des modes d'acquérir du droit civil et du droit des gens (1). — Il restait à régler le

(1) Il est impossible de préciser l'époque où ces distinctions s'établirent. Balhorn-Rosen me semble la fixer beaucoup trop tard, en la plaçant vers le VIII^e siècle, sur la foi d'un passage de Cicéron. — D'autres, d'après un passage de Gaius (*Comm.* II, § 47), pensent que la distinction des *mancipi* et *nec mancipi res* était déjà connue du temps des XII Tables. Il me paraît bien plus vraisemblable que toutes

sort des choses *mancipi*, que le propriétaire aliénerait par simple tradition : très-probablement l'acquéreur ne fut d'abord considéré que comme un simple possesseur de bonne foi; mais cette possession, successivement protégée, d'abord par l'exception et la réplique *rei venditæ et traditæ*, puis par l'action *publicienne*, finit par être considérée comme un droit véritable, une propriété du droit des gens : il y eut dès lors deux et même trois espèces de propriété, comme il y avait déjà deux classes de choses et deux espèces de modes d'acquisition. Tel était l'état compliqué auquel on était arrivé au temps des jurisconsultes classiques, non par l'effet de lois formelles, mais par l'action lente et simultanée de la coutume et du droit prétorien.

Au temps de Justinien, toutes ces distinctions avaient disparu. D'une part, depuis bien longtemps, l'*ex jure Quiritium nudum* avait perdu toute valeur dans la pratique, et, d'autre part, l'*in bonis*, protégé par l'action publicienne, avait acquis une importance qui, sauf quelques différences dans les noms et dans les formes de procédure, permettait de le considérer comme l'égal de la propriété quiritaire. La distinction du double domaine se trouvant ainsi oblitérée, les deux distinctions correspondantes ne présentaient plus guère d'intérêt, au moins pour les praticiens. Aussi, en consacrant l'a-

---

ces distinctions ne durent s'introduire dans la pratique que vers l'époque où l'affluence des étrangers fut assez grande pour nécessiter la création du *prætor peregrinus*.

brogation formelle de ces distinctions, Justinien ne fit-il que déclarer un état de choses que l'usage avait déjà antérieurement établi (1). L'acquisition de la propriété se trouva ainsi ramenée à un système simple et unique, comme dans les temps primitifs; mais l'unité fut en sens inverse: dans les premiers siècles, elle avait été le résultat de l'empire exclusif du *droit civil;* au temps de Justinien, elle fut le résultat des envahissements du *droit des gens.* En d'autres termes, de même que, dans les premiers temps de Rome, toutes les choses étaient *mancipi*, en ce sens que, pour toutes indistinctement, il n'y avait qu'une seule propriété (*ex jure Quiritium*), qu'on ne pouvait acquérir que par les solennités *civiles;* de même, sous Justinien, on peut dire que toutes choses étaient devenues *nec mancipi*, en ce sens que, pour toutes, on pouvait acquérir la propriété par un mode du droit des gens. — Tout naturellement, la plupart des modes

(1) Justinian., *Cod.*, lib. VII, tit. 25, *de Nudo jure Quiritium tollendo :* « Antiquæ subtilitatis ludibrium per hanc de« cisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur « inter dominos, apud quos, vel nudum *ex jure Quiritium* « nomen, vel tantum *in bonis* reperitur : quia nec hujusmodi « volumus esse distinctionem, nec *ex jure Quiritium* nomen, « quod nihil ab ænigmate discrepat, nec unquam videtur, nec « in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, « per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt « audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles « legis antiquæ dispositiones accipiunt; sed sit plenissimus « et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum « rerum ad se pertinentium. »

d'acquisition du droit civil (*mancipatio — cessio in jure*) durent tomber en désuétude : il eût été fort extraordinaire, en effet, que l'on eût continué à se soumettre à la gêne qu'entraînaient ces formalités civiles, puisque la tradition suffisait pour obtenir, avec moins d'embarras, un résultat tout aussi complet.

Telle est au surplus la loi générale de formation et de transformation qu'on peut observer dans presque toutes les branches du droit privé romain. — Dans les premiers siècles, unité de législation, empire exclusif du droit civil, avec ses formes solennelles et gênantes. — Plus tard, l'unité de législation disparaît ; le droit des gens et le droit prétorien viennent se mêler au droit civil, sans toutefois l'abroger, au moins dans la théorie : on trouve alors, sur un même sujet, deux et jusqu'à trois législations différentes, qui s'avancent parallèlement, sans se heurter ni se confondre : cette époque de complication est en général celle où écrivaient les grands jurisconsultes classiques ; mais, grâce à leur admirable méthode, la complication ne dégénéra jamais en confusion. — Enfin, à mesure que la société romaine perd ses caractères primitifs, le droit des gens, aidé par le droit prétorien et les constitutions des empereurs chrétiens, prend le dessus sur le droit civil, et finit par le supplanter presque entièrement : il en résulte une grande simplification par rapport à l'époque intermédiaire ; mais cette simplicité, produite par le triomphe du droit des gens sur le droit civil, se

trouve naturellement avoir un caractère entièrement différent de la simplicité antique, qui était basée sur l'empire exclusif du droit civil (1).

### § 278. — Actions réelles civiles : — Revendication.

Il faut examiner à qui et contre qui compète l'action en revendication ; quelles choses peuvent en être l'objet ; quelles en sont les formes ; comment est réglé le possessoire ; enfin quel est, en cette matière, l'office du juge.

I. La revendication proprement dite ne peut être intentée avec succès que par celui qui a la propriété civile ou quiritaire : cela résulte de la formule même : *Si paret rem A. Agerii esse* EX JURE QUIRITIUM. En traitant des actions réelles prétoriennes, nous verrons bientôt que, dans certains cas donnés, le préteur suppose la propriété quiritaire à des gens qui ne la possèdent pas réellement; et qu'il leur accorde, à l'aide de cette fiction, une action qui devrait leur être refusée si l'on s'en tenait à la vérité des choses. (*Voy.* §§ 282 et 283.)

Peu importe, au reste, que le demandeur ait ac-

(1) Cela est surtout remarquable en matière de succession soit testamentaire, soit ab intestat. — On en trouve encore un exemple frappant dans la matière des legs : au temps des jurisconsultes classiques, on avait fini par distinguer quatre espèces de legs, à côté desquels il fallait encore placer les fidéicommis : ces cinq variétés sont ramenées par Justinien à un type unique. — Voir, ci-dessus, le § 261.

quis le domaine quiritaire par un mode du droit civil ou par un mode du droit des gens (*voy.* § 277), pourvu qu'il en soit investi : « In rem ac« tio competit ei qui aut jure gentium aut jure ci« vili dominium acquisivit » (1). C'est à tort que M. Du Caurroy considère les mots *aut jure gentium* comme interpolés dans ce texte de Paul : M. Pellat a, au contraire, très-bien démontré qu'une fois la propriété quiritaire acquise, il n'y avait pas à s'inquiéter, en ce qui touche la revendication, des moyens par lesquels on serait arrivé à cette acquisition (2).

La seconde condition exigée du demandeur en revendication, c'est qu'*il ne possède pas* la chose à l'occasion de laquelle il exerce cette action : « Quod « genus actionis (*action négatoire*) in controversiis re« rum corporalium (*revendication de propriété*) « proditum non est ; nam in his agit qui non pos« sidet : ei vero qui possidet non est actio pro« dita per quam neget rem actoris esse » (3). Ulpien en donne pour raison que le possesseur n'a aucun intérêt à exercer une telle action : tant qu'il jouit paisiblement de la chose, sous quel prétexte viendrait-il élever une controverse ? et s'il est troublé dans sa possession, n'est-il pas plus naturel qu'au lieu de l'action pétitoire, il se contente

---

(1) Paul., L. 23, ff., *de Rei vindicat.*

(2) Du Caurroy, *Instit. expl.*, 5e édition, n° 1166.— Pellat, *Principes généraux sur la propriété*, page 37.

(3) § 2, Instit., *de Actionib.*

de faire respecter sa possession au moyen de l'interdit *Uti possidetis* ou de l'interdit *Utrubi* : « Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod « est *Uti possidetis* : actio enim numquam ultro « possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat » (1). Bien que cette raison soit suffisante pour justifier la règle dans la plupart des cas, ne pourrait-il pas arriver que, dans certaines circonstances, le possesseur eût un intérêt véritable à provoquer un jugement sur la question de propriété ? Par exemple, je prévois que Titius élèvera plus tard des prétentions sur la propriété du fonds que je possède, et je crains que la mort des témoins ne vienne rendre impossible la preuve de mon droit, ou que mes héritiers, moins instruits que moi, ne sachent pas soutenir leur cause : pourquoi ne pourrais-je pas dès à présent obtenir, contradictoirement avec Titius, une sentence qui me déclare propriétaire ? Dans ce cas, et autres pareils, si aucun texte précis n'autorise l'exercice de l'action en revendication, il est vrai de dire qu'aucun texte ne la prohibe expressément : car le passage précité d'Ulpien est une de ces règles générales qui habituellement admettent des exceptions (2).

(1) Ulpian., L. 1, § 6, ff., *Uti possidetis*.
(2) M. Ortolan (*Expl. hist. des Inst.*, p. 1167) n'est pas de notre avis sur ce point : il trouve qu'il serait *ridicule* au possesseur d'intenter l'action négatoire. A la décision tranchante de cet auteur, nous préférons l'opinion contraire de M. Pellat, ouvr. cit., p. 88, note 2.

II. Régulièrement, l'action en revendication ne peut être exercée que contre le possesseur proprement dit, c'est-à-dire contre celui qui détient la chose *animo domini*. Toutefois, Ulpien, rejetant en cela l'opinion de plusieurs autres jurisconsultes, et notamment celle de Pegasus, admet que l'on peut actionner en revendication même les simples détenteurs, c'est-à-dire, ceux qui détiennent la chose sans aucune intention d'en être propriétaires : tels sont les dépositaires, commodataires, locataires (1).

Si, au moment où je me disposais à revendiquer contre Titius, Mævius est venu s'offrir au procès, en soutenant faussement qu'il possédait, le juge devra condamner Mævius à me payer (à défaut de la restitution de l'objet, qui n'est pas en son pouvoir), une somme équivalente à la valeur du litige; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'en agissant contre lui j'aie cru à la possession qu'il alléguait. Au surplus, cette estimation, reçue par moi, ne sera point un obstacle à ce que je revendique ultérieurement contre le véritable possesseur (2).

III. La revendication proprement dite ne concerne que les choses corporelles qui sont dans le commerce et dont le demandeur peut avoir le domaine quiritaire : elle ne peut donc être intentée

---

(1) Ulpian., L. 9, ff., *de Rei vindicat.* — Cf. Constantin., L. 2, C., *Ubi in rem.*

(2) Ulpian., L. 25; Paul., L. 26, L. 27, et L. 7, ff., *de Rei vindicat.* — *Voy.* tome I, §§ 213 et 214.

ni à l'occasion d'un fonds provincial, ni pour une chose sainte, sacrée ou religieuse; parce que ces choses ne sont pas susceptibles de propriété privée (1).

Cette action suppose que la chose existe à deux époques, au temps où le litige s'engage (*litis contestatæ tempore*), et au moment de la sentence (*rei judicatæ tempore*) : car on ne peut pas plus revendiquer ce qui n'existe plus, qu'on ne pourrait revendiquer ce qui n'a jamais existé : *res extinctæ vindicari non possunt* (2). On considère comme éteinte (*extincta*) non-seulement la chose qui a réellement péri par la désagrégation de ses parties, mais encore celle qui, se trouvant jointe à une autre comme *accessoire*, n'a plus d'existence distincte et individuelle. Tel serait, par exemple, le cas où la pourpre appartenant à l'un aurait été employée à l'ornement d'un vêtement appartenant à un autre : bien qu'en réalité la pourpre conserve son existence physique, cependant son individualité disparaît, absorbée dans celle du vêtement dont elle fait désormais partie intégrante. Il en est de même des matériaux employés dans une construction : ils cessent d'avoir une existence distincte comme matériaux, et s'anéantissent, en quelque sorte, dans l'entité supérieure de l'édifice. Dans ces cas, et autres analogues, le propriétaire de l'accessoire est dans l'impossibilité de revendiquer ce qui, aux

(1) Paul., L. 23, § 1, ff., *de Rei vindicat.*

(2) § 26, Instit., *de Rer. divis.*

yeux du droit, a cessé d'exister : nul, en effet, ne saurait se dire propriétaire du néant.

En paralysant ainsi l'exercice de la revendication dans les mains du propriétaire de l'accessoire, l'accession ne lui fait pas perdre pour cela la propriété de sa chose; et la preuve c'est qu'on lui accorde précisément l'action *ad exhibendum* pour faire séparer l'accessoire de la chose principale, afin de pouvoir le revendiquer après cette séparation opérée (1).

Le cas de constructions élevées par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui présente une complication particulière. Le maître des matériaux, qui ne peut les revendiquer, en tant que choses éteintes, tant qu'ils font partie de l'édifice, ne peut non plus agir *ad exhibendum;* parce que, dans ce cas particulier, une disposition spéciale de la loi des XII Tables prohibe l'exercice d'une action qui, pour restituer à leur propriétaire des matériaux d'une valeur souvent minime, obligerait le propriétaire du sol à démolir un édifice qui peut être d'un grand prix. Ainsi privé et de la revendication et de l'action *ad exhibendum*, le propriétaire des matériaux semble en avoir perdu la propriété; et cependant il n'en est rien (2); car, si, par une cause

(1) Paul., L. 23, § 5, ff., *de Rei vindicat.* : «Item quæ«cumque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco ce«dunt, ea, quamdiu cohærent, dominus vindicare non po«test : *sed ad exhibendum agere potest ut separentur, et tunc* «*vindicentur.*»

(2) Les Institutes s'en expliquent formellement au § 29,

quelconque, l'édifice vient à être démoli, le propriétaire des matériaux recouvrera aussitôt le droit de les revendiquer. Toutefois, comme il aurait été ridicule d'obliger le propriétaire des matériaux à attendre un pareil événement, la loi des XII Tables, en lui interdisant l'action *ad exhibendum*, avait imaginé en sa faveur une action particulière dite *de Tigno juncto*, au moyen de laquelle il peut obtenir de suite du propriétaire de l'édifice une somme double de la valeur de ses matériaux (1).

Les Romains n'ont donc jamais admis que l'*accession* fût, par elle-même, un événement de nature à déplacer la propriété de l'accessoire; la maxime *Accessorium sequitur principale*, vraie sous quelques rapports, mais dont on a fait souvent de si étranges applications, ne se trouve nulle part dans les écrits des jurisconsultes classiques, au moins en tant que consacrant l'expropriation de l'accessoire au profit du principal. Pour eux, quand ils traitent de l'accessoire, il s'agit, non d'une question de translation de propriété, mais d'une pure question de procédure (2).

---

*de Rer. divis.* : « Omne quod solo inædificatur, solo cedit, *nec* « *tamen* ideo qui materiæ dominus fuerat *desinit* dominus « esse; sed *tantisper* neque vindicare eam potest, neque ad « exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim Ta- « bularum... »

(1) § 29, Instit., *de Rer. divis.*

(2) Il est bien entendu que je ne parle ici que de l'accession proprement dite, c'est-à-dire du cas où deux choses appartenant à divers propriétaires s'unissent dans des con-

Toutefois, à l'époque où fut rédigé le Code civil, c'était une opinion admise comme article de foi que l'accession était, en droit romain, une manière d'acquérir la propriété. Ce prétendu principe passa donc, comme tant d'autres, dans notre Code, sur la parole de Pothier ; et l'on transporta ainsi dans notre loi civile, avec de notables modifications cependant, presque tous les paragraphes du titre *de Rerum divisione* (C. C., art. 546 à 577). Cette par-

---

ditions telles qu'après l'union l'une conserve son individualité, tandis que l'autre perd la sienne. — La *spécification*, la *confusion*, le *mélange*, ne sont point des cas d'accession proprement dite. — On objectera peut-être que, dans le cas de *plantation* et dans celui de constructions élevées sur le sol d'autrui par le possesseur avec ses propres matériaux, le propriétaire du sol acquiert la propriété des arbres et des matériaux... Cela est vrai, mais l'acquiert-il en vertu de la règle *Accessorium sequitur principale?* telle est la question; et cette question doit être résolue négativement. En effet, quant aux matériaux, si le propriétaire du sol en acquiert la propriété, c'est que le maître de ces matériaux, en construisant témérairement sur un fonds qu'il savait appartenir à autrui, est *réputé avoir voulu faire donation de ses matériaux au propriétaire du sol* (§ 30, Instit., *eod.* — Cf. Antonin., L. 2, C., *de Rei vindicat.*) : présomption légale qui serait bien inutile, si le simple fait de l'accession suffisait pour transférer la propriété. Pareillement quant aux plantes, si le propriétaire du sol en acquiert la propriété à partir du moment où elles ont poussé racine, ce n'est point par droit d'accession, mais en vertu d'un autre principe propre au droit romain, et d'après lequel toute plante appartient au propriétaire du fonds aux dépens duquel elle vit (§§ 21, 31 et 32, Instit., *de Rerum divisione*).

tie est certainement l'une des moins satisfaisantes du Code civil; et très-probablement la matière de l'accession eût été réglée tout autrement, si les rédacteurs, au lieu de se traîner sur les décisions mal comprises du droit romain, n'avaient pris pour guide que le bon sens et la nature des choses.

Pour en revenir aux jurisconsultes romains, il nous semble que leur théorie sur l'accession, même en la restreignant à une pure question de procédure, est loin d'être à l'abri de toute critique. La règle qui ne permet pas de revendiquer *de plano* l'accessoire, sous prétexte que cet accessoire est réputé ne plus exister, paraît reposer sur un respect puéril pour les mots, bien plus que sur l'appréciation rationnelle des principes et de la nature du droit de propriété : en effet, la même chose, que l'on répute éteinte quand il s'agit de la revendication, est bien considérée, sinon comme existante, au moins comme pouvant exister, quand il s'agit de l'action *ad exhibendum*. Cette règle s'était probablement introduite à l'époque des actions de la loi : la rigidité inflexible des formes, le combat simulé qui s'établissait en présence du magistrat sur la chose revendiquée, et, par-dessus tout, l'exactitude pointilleuse qui formait le trait dominant de la procédure ancienne, nécessitaient, dans la désignation de l'objet litigieux, une précision extrême, qui sans doute avait paru impossible à l'égard d'une chose unie à une autre par accession (§ 137). La règle se sera ensuite conservée, comme tant d'autres, à l'époque où la na-

ture plus élastique de la procédure formulaire aurait peut-être permis d'y substituer une règle plus libérale et plus rationnelle.

IV. Le demandeur doit prouver qu'il est propriétaire de la chose qu'il revendique (1); quant au défendeur, il n'a rien à prouver*; sufficit ei quod possideat.* Il ne serait même d'aucune utilité pour le demandeur d'établir que le possesseur n'a aucun droit à la propriété de la chose litigieuse; car, alors même que cette preuve négative serait faite, ce ne serait pas une raison pour lui donner gain de cause, s'il ne pouvait lui-même prouver le droit sur lequel sa demande est fondée : *In pari causa potior causa possidentis* (2).

Cet avantage immense attaché au rôle de possesseur est trop précieux pour que chacune des parties ne cherche pas à se le procurer : ainsi, tout naturellement, à côté du procès principal sur la propriété (*pétitoire*), doit souvent venir se placer un procès accessoire sur la possession (*possessoire*).

Il est naturel que le débat au possessoire précède la controverse au pétitoire ; car tant que la

(1) Il suffit que le demandeur prouve avoir acquis la propriété à une époque précédente : si le défendeur allègue que le demandeur a perdu la propriété, c'est à lui à prouver cette perte : Diocl. et Max., L. 16, C., *de Probat.* — Cf. Voet, *ad Pandect.*, VI, I, § 24. — En traitant de l'action publicienne, § 282, nous aurons occasion de faire remarquer combien de difficultés présente la preuve de la propriété.

(2) § 4, Instit., *de Interdictis.* — Marcian., L. 21, ff., *de Probationibus.*

question de possession est indécise, comment décider laquelle des parties doit au pétitoire faire preuve de la propriété? De là cette règle de notre Code de procédure : *Le possessoire et le pétitoire ne peuvent jamais être cumulés* (1). Le législateur français a pareillement pensé que nul ne serait assez imprudent pour attaquer au pétitoire, s'il s'était cru la moindre chance de réussir au possessoire ; qu'ainsi le fait de s'adresser d'abord au pétitoire devait être considéré comme la reconnaissance tacite, mais complète, de la part du demandeur, que la possession appartient à l'adversaire : de là cette autre règle : *Le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire* (2). — Ces règles si raisonnables n'avaient été ni toujours ni complétement suivies par les Romains.

La procédure des actions de la loi avait cela de remarquable, que la question du possessoire ne s'y présentait que sous forme d'incident du procès pétitoire. En effet, comme nous l'avons vu en traitant de l'action *Sacramenti*, c'est seulement après la *vindicatio* et la *contra-vindicatio* que le préteur adjugeait la possession (*vindicias dicebat*) : jusque-là, toute la procédure laissait les plaideurs sur le pied de la plus complète égalité (*voy.* § 150). Pour que la continuation du litige fût possible, il fallait donc que le magistrat détermi-

(1) Code de procédure, art. 25 : cet article est tiré de l'ordonnance de 1667, tit. XVIII, art. 5.

(2) Code de procédure, art. 26.

nât laquelle des deux parties posséderait, laquelle jouerait le rôle de demandeur. Au reste, on ignore d'après quels principes, à cette époque reculée, le préteur accordait l'envoi en possession, et notamment s'il avait égard à la possession de fait antérieure : Gaius ne nous apprend rien à ce sujet, et Cicéron, qui en touche un mot dans son discours pour Cœcina, ne fournit aucune lumière.

Sous la procédure formulaire, le possessoire se réglait au moyen des interdits *Uti possidetis* et *Utrubi;* mais, au lieu de se présenter incidemment à l'action en revendication, comme on vient de le remarquer pour l'action *Sacramenti*, le débat au possessoire, sous la procédure formulaire, se présentait sous la forme d'un procès distinct et antérieur à l'exercice de l'action en revendication.

Nous reviendrons plus tard sur les deux interdits que nous venons de nommer ; mais une remarque doit ici trouver sa place. On vient de voir que notre Code de procédure n'admet pas que le demandeur au pétitoire puisse abandonner cette voie, pour en revenir au possessoire : cette règle n'était pas suivie à Rome, du moins si nous en croyons Ulpien, qui dit formellement : « Nihil com« mune habet proprietas cum possessione : et ideo « non denegatur ei interdictum *Uti possidetis,* qui « cœpit rem vindicare ; *non enim videtur possessioni* « *renuntiasse qui rem vindicavit* (1). — En parlant

(1) Ulpian., L. 12, § 1, ff., *de Acq. possess.* — Cf. Papinian., L. 18, § 1, ff., *de Vi.*

plus tard de l'interdit *Uti possidetis*, nous essayerons de donner à ce sujet quelques explications, qui seraient ici prématurées.

Au surplus, c'était une règle commune aux deux procédures, mais qui n'a pas été suivie en France, que la partie constituée en possession devait fournir au demandeur une garantie pour assurer la restitution de la chose et des fruits. Dans la procédure *per sacramentum*, cette garantie était dite *prædes litis et vindiciarum;* dans la procédure formulaire, selon qu'on agissait *per formulam petitoriam* ou *per sponsionem*, il y avait lieu à la caution *judicatum solvi* ou à la caution *pro præde litis et vindiciarum* (1).

V. Et en effet, au temps des jurisconsultes classiques, il y avait plus d'une manière d'exercer l'action en revendication.

D'abord, on avait conservé l'ancienne action de la loi *per sacramentum* toutes les fois que le procès était porté devant les Centumvirs. Dans ce cas, les parties remplissaient devant le magistrat le rit de l'action de la loi; mais le magistrat ne donnait aucune formule pour régler l'instance devant le tribunal centumviral (2).

Quand, au contraire, l'instance devait être renvoyée devant l'*unus judex*, la procédure pouvait

(1) Gaius, *Comm.* IV, §§ 16 et 91.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 31. — Cf. tome I, § 165.

avoir lieu ou *per formulam petitoriam* ou *per sponsionem* (1).

1° *Per sponsionem.* — La sponsion était une sorte de pari fait, devant le magistrat, par une stipulation conçue en ces termes : « SI HOMO DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIUM XXV DARE SPONDES ? » Par ce moyen, le procès, qui devait naturellement conduire à une formule conçue *in rem*, change pour ainsi dire de nature, et vient aboutir à une formule conçue *in personam;* la formule en effet ne portera pas : « SI PARET HOMINEM ESSE MÆVII, » mais bien : « SI PARET LUCIUM TITIUM SESTERTIOS XXV NUMMOS MÆVIO DARE OPORTERE, » ce qui est une formule conçue *in personam.* Il est vrai que cette question soulève implicitement la question de propriété, puisque Lucius Titius ne doit être condamné à la somme stipulée qu'autant que Mævius sera reconnu propriétaire. Cette somme, au surplus, n'était jamais exigée : ce n'était qu'un moyen préjudiciel pour faire statuer sur la question de propriété. — Mais à quoi bon cette marche détournée ? Pourquoi substituer ainsi un procès imaginaire à un procès réel ? Que servait-il au demandeur de gagner son procès, puisque, même en cas de succès, il n'exigeait pas la somme à laquelle il faisait condamner son adversaire ? D'ailleurs, cette somme de 25 sesterces n'était-elle pas le plus souvent fort au-dessous de la va-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 91.

leur véritable de la chose revendiquée ?... Le texte de Gaius est loin de répondre à ces questions ; mais on trouve dans Cicéron, et dans son annotateur Asconius, des passages qui jettent un peu de lumière sur quelques-unes de ces singularités. Il faut en effet savoir qu'en outre de la sponsion préjudicielle, dont nous venons de parler, le défendeur garantissait encore par fidéjusseur (*satisdabat*) que, dans le cas où il serait vaincu dans le procès sur la *sponsio* préjudicielle, il restituerait la chose principale et les fruits. Cette stipulation, que, d'après le § 94 de Gaius, on serait tenté de confondre avec la *sponsio* proprement dite, était un acte distinct et séparé, qui précédait la *sponsio*, ainsi que cela résulte du passage suivant : « Si quis testa« mento se hæredem esse arbitraretur, quod tum « non extaret, lege ageret in hæreditatem; aut pro « præde litis (et) vindiciarum quum satis accepis« set, sponsionem faceret ; ita de hæreditate cer« taret » (1). Gaius et Cicéron sont d'accord sur le nom de cette stipulation accessoire : elle était appelée *pro præde litis et vindiciarum*, à l'instar des *prædes litis et vindiciarum* de l'*actio sacramenti* (2); mais elle en différait en ce que, dans l'action *Sacramenti*, la provocation était réciproque et avait un caractère pénal (3) ; tandis que, dans la sponsion

(1) Cicer., *in Verr.; de Præt. urb.*, 45. — Cf. Ascon., *in Verr.*, rapporté dans le tome Ier, page 389. — *Frag. Vatic.*, § 336.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 94.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 13.

dont parle Gaius, le défendeur seul promettait, et cette promesse n'avait pas le caractère d'une peine, puisqu'on ne l'exigeait pas. Ainsi, selon toute apparence, quand le défendeur avait été condamné, s'il ne restituait pas volontairement la chose, les fruits et les accessoires, le défendeur pouvait agir immédiatement contre lui et ses cautions, en vertu de la stipulation *pro prœde litis et vindiciarum;* et peut-être, sous ce rapport, la procédure *per sponsionem* était-elle plus expéditive que celle suivie dans la *formula petitoria*?

Quand le procès devait être porté devant les Centumvirs, on procédait toujours par *sponsio*, seulement elle était alors de 125 sesterces au lieu de 25, et l'on agissait *sacramento*.

Au surplus, en comparant ensemble la revendication *per sacramentum* et la revendication *per sponsionem*, on ne peut manquer d'être frappé de l'analogie qui existe entre ces deux procédures; et on est porté à croire que la seconde n'a été qu'une imitation de la première.

2° *Actio per formulam petitoriam.* — Cette seconde manière de procéder nous est beaucoup mieux connue que la *sponsio*, qu'elle avait complétement remplacée au temps de Justinien. La formule était ainsi conçue: LUCIUS OCTAVENUS JUDEX ESTO: SI PARET FUNDUM CAPENATEM DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE, NEQUE IS FUNDUS AULO AGERIO RESTITUATUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO

AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE (1). Le défendeur ne donnait pas, comme dans la sponsion, la caution *pro præde litis et vindiciarum*, mais bien la caution *judicatum solvi*, qui renfermait trois clauses : *de re judicata, de re defendenda, de dolo malo* (2). — Si le défendeur refusait de donner cette caution, le demandeur obtenait du magistrat l'interdit *Quem fundum*, qui obligeait le possesseur à transférer à son adversaire la possession de la chose litigieuse. Or, le demandeur une fois nanti de la possession, les rôles changeaient : le demandeur primitif, devenu défendeur, n'avait plus rien à prouver, et pouvait attendre en repos que le défendeur originaire prît l'offensive et fournît les preuves de sa propriété (3). Si, au contraire, la caution est fournie, les parties vont devant le

---

(1) Cicer., *in Verr., de Jurisd. sicil.*, 12; Gaius, *Comm.* IV, § 51.

(2) Ulpian., L. 6, ff., *Judic. solv.*

(3) L'interdit *Quem fundum* n'est connu que depuis la découverte, faite à Vienne en 183., d'un fragment d'Ulpien ainsi conçu : «Sunt etiam interdicta tam adipiscendæ quam «reciperandæ possessionis, qualia sunt interdicta QUEM FUN- «DUM et QUAM HÆREDITATEM : nam si fundum vel hæreditatem «ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me trans- «ferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea pos- «sedi, deinde amisi possessionem.» — M. Pellat conjecture avec beaucoup de vraisemblance que l'interdit *Quem fundum* était aussi donné en cas de refus de la caution *pro præde litis et vindiciarum* dans l'action en revendication *per sponsionem*.

juge, qui, conformément à la formule, examine si la chose appartient au demandeur.

VI. Cette action était arbitraire : aussi, comme nous le verrons dans la IX[e] division, quand le juge reconnaît que la prétention du demandeur est fondée, il ne procède pas immédiatement à la condamnation (*sententia*); mais il rend un interlocutoire (*jussus*), par lequel il ordonne au défendeur de restituer au demandeur. Cette restitution doit être telle que le demandeur se trouve dans la même position que si la chose lui eût été rendue au moment de la *litis contestatio* (§ 209) : elle doit donc comprendre non-seulement la chose elle-même, mais tous les fruits (*fructus*) et les accessoires (*causa*), à partir de la délivrance de la formule. Le défendeur doit encore céder au demandeur toutes les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose qu'il restitue, et lui donner, en outre, la caution *de dolo*, qui assure au demandeur une indemnité pour tout le préjudice que le défendeur aurait pu lui causer par son dol.

Si le défendeur restitue, ou s'il prouve qu'il est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer, par exemple, parce qu'il a perdu la possession, le juge doit l'absoudre (1). Si le défendeur prétend de pouvoir opérer présentement restitution et nemande un délai, on doit le lui accorder si, toutefois, cette demande ne paraît pas faite dans une

(1) Ulpian., L. 68, ff., *de Rei vind.;* Paul., L. 41, § 1, *de Re judicat.*

intention frauduleuse, et à la charge par lui de garantir par fidéjusseur le payement de l'estimation du litige, dans le cas où il ne restituerait pas à l'expiration du délai. — Enfin, si le défendeur refuse d'obéir, on peut l'y contraindre de force (*manu militari*) (1), si le demandeur l'exige. Si le demandeur ne l'exige pas, ou si le défendeur, ayant perdu la possession par sa faute, se trouve dans l'impossibilité physique de restituer, le juge le condamne à une somme d'argent qui est fixée tantôt par le serment du demandeur, tantôt par le juge lui-même (2).

Quoique les règles que nous venons d'exposer soient plus particulièrement applicables à la revendication proprement dite, cependant elles s'appliquent en grande partie aux autres actions *in rem*. Il est certain, notamment, que la pétition d'hérédité et l'action confessoire pouvaient l'une et l'autre être exercées soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam*.

Au surplus, sous Justinien, la forme d'action *in rem per sponsionem* était complétement tombée en désuétude, et on agissait toujours *per formulam petitoriam*, en ce sens que le demandeur énonçait toujours directement l'objet de sa demande, sans recourir à aucune gageure préjudicielle (3).

(1) Ulpian., L. 68, ff., *de Rei vind.;* Paul., L. 58; L. 1, § 2, *Si vent. nom.*

(2) Diocl. et Max., L. 21, C., *de Rei vind.;* — Paul., L. 71, L. 46; L. 47, ff., *de Rei vind.* — Cf., § 177.

(3) § 2, Instit., *de Off. jud.;* Gaius, L. 10; Nerat., L. 57,

§ 279. — Actions réelles civiles : — ACTION CONFESSOIRE.

Les démembrements de la propriété, connus sous le nom de *servitudes* réelles ou personnelles, sont protégés, comme la propriété elle-même, par une action réelle dans laquelle celui à qui appartient la servitude affirme qu'il a tel droit sur la chose d'autrui. Cette action est nommée *confessoire* ou *affirmative*, par opposition à l'action *négative* ou *négatoire*, dont il sera question dans le § suivant.

Les formes de l'action confessoire étaient les mêmes que celles de la revendication de propriété : celui qui revendique une servitude peut agir ou par *sponsion*, ou par formule *pétitoire*. Dans le premier cas, le défendeur doit donner la caution *pro prœde litis et vindiciarum;* dans le second, la caution *judicatum solvi :* en cas de refus, par le défendeur, de donner l'une ou l'autre caution, le demandeur est envoyé en possession par un interdit analogue à l'interdit *Quem fundum* (1).

---

ff., *de Petit. hæred.;* Ulpian., L. 9; Gaius, L. 15, ff., *de Except. rei jud.;* § 2, Instit., *de Actionib.;* Paul., L. 7, et 9, *Si servit. vindic.*

(1) Vaticana Fragmenta : «92. Ulpianus, lib. IV, de Inter«dictis, sub titulo *A quo usus fructus petetur, si rem nolit de«fendere :* Sicut corpora vindicanti, ita et jus satisdari opor«tet : et ideo necessario exemplo interdicti *Quem fundum*, «proponi etiam interdictum *Quem usumfructum* vindicare «velit de restituendo usufructu. — 93. Post pauca, sub ti«tulo supra scripto : Restitutus ex hoc interdicto usus-

La formule pétitoire pour l'action confessoire devait être ainsi conçue : SI PARET A. AGERIO ESSE JUS UTENDI FRUENDI (ou toute autre servitude) FUNDO CAPENATE, NEQUE ARBITRIO TUO RESTITUATUR; QUANTI EA RES ERIT, N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE.

Quant à la sponsion préjudicielle, elle était sans doute formulée à peu près en ces termes : SI JUS UTENDI FRUENDI FUNDO CAPENATE MIHI EST, SESTERCIUM XXV NUMMOS DARE SPONDES ?

L'action confessoire peut être intentée soit contre le propriétaire du fonds servant, soit contre toute autre personne qui apporterait quelque obstacle à l'exercice de la servitude. Toutefois, nous verrons, en parlant des interdits, que celui qui est troublé dans la jouissance de la servitude n'est pas toujours obligé de recourir à l'action confessoire; et qu'il peut, soit au moyen d'interdits spéciaux à certaines servitudes, soit au moyen des interdits *Uti possidetis, Utrubi*, ou *Unde vi*, se faire maintenir dans la possession de la servitude, ou s'y faire réintégrer si elle lui a été extorquée par violence.

L'action confessoire est une action *in rem* qui ne peut être intentée avec succès que par celui qui a

---

« fructus intelligitur quum petitor in fundum admissus sine « periculo interdicti UNDE VI ad eam rem propositi depelli « non potest. » — Ce texte ne parle, il est vrai, que de l'usufruit; mais il est probable qu'il y avait un procédé analogue pour les autres servitudes personnelles (usage et habitation), et aussi pour les servitudes réelles ou prédiales. Cf. Scævola, L. 45, ff., *de Damno infecto*.

une véritable servitude, c'est-à-dire un droit réel (*jus in re*). Ceci conduit à examiner, au moins très-sommairement, comment se constituaient les servitudes. Au temps des jurisconsultes classiques, les servitudes prédiales rurales pouvaient se constituer par mancipation ou tout autre mode civil; quant aux servitudes prédiales urbaines et aux servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation), elles se constituaient par *cessio in jure* ou tout autre mode civil, à l'exception de la mancipation qui ne leur est pas applicable, puisqu'elles sont *res nec mancipi* (1). Il est digne de remarque que les modes du droit des gens, qui suffisaient pour acquérir le domaine quiritaire sur les choses *nec mancipi*, ne pouvaient jamais servir à constituer la servitude, qui cependant n'est qu'un démembrement de la propriété (2). Justinien semble pourtant dire que la servitude peut se constituer *par pactes et par stipulations :* « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus et stipulationibus, id efficere « debet » (3). Ce texte fait naître de sérieuses difficultés. Il semble contrarier ce principe général du droit romain d'après lequel les conventions sont insuffisantes pour constituer des droits réels (4).

---

(1) Gaius, *Comm.* II, §§ 28-33.

(2) Cela est dit expressément pour l'usufruit (*Fragmenta Vaticana*, § 45); et il n'y a aucune raison de croire qu'il en fût autrement pour les servitudes prédiales.

(3) § 4, Instit., *de Servitut.*

(4) *Voy.* ce qui a été dit ci-dessus, § 274, p. 58 et

D'autre part, la réunion des mots *pactes et stipulations* n'est pas moins difficile à expliquer : si le ET doit être pris conjonctivement, à quoi bon ajouter un pacte (*convention non obligatoire*) à une stipulation (*convention obligatoire*)? S'il doit être pris disjonctivement, comment concevoir qu'un pacte, qui ne peut pas même créer une simple obligation (*jus ad rem*), ait cependant la vertu de constituer une servitude (*jus in re*) (1)? — Pour lever toutes ces difficultés, il faut remonter à l'origine de ce texte : il est tiré de Gaius; mais il faut remarquer que ce jurisconsulte présente ce mode de constitution comme propre aux fonds provinciaux. Or, comme les particuliers ne pouvaient jamais avoir la propriété du sol provincial, il était conséquent qu'ils ne pussent y établir des démembrements d'une propriété qu'on ne leur reconnaissait pas. Ainsi placés dans l'impossibilité d'avoir des servitudes proprement dites, les possesseurs de fonds provinciaux avaient dû chercher à se procurer au moins quelque chose d'équivalent : ils y arrivaient en réglant par un pacte la nature et l'étendue de la servitude; mais comme une telle convention n'avait rien d'obligatoire, l'acquéreur *stipulait* immédiatement une peine de l'autre partie pour le cas où celle-ci refuserait d'exécuter le

---

suiv. — On pourrait objecter que l'hypothèque, droit réel si important, se constituait aussi par simple pacte : mais on répond que l'hypothèque proprement dite n'est qu'une institution prétorienne. (*Voy.* § 286.)

(1) *Voy.* la note précédente.

pacte ou bien le rendrait illusoire en aliénant à des tiers. Comme on avait soin de stipuler à titre de peine une somme très-supérieure à la valeur réelle de la servitude, celui qui l'avait consentie avait intérêt à la respecter, tant qu'il conservait lui-même la possession du fonds servant ; et quand il venait à l'aliéner, il prenait sans doute des précautions pour placer ses acquéreurs dans la même position. De cette manière, bien qu'en théorie le stipulant eût acquis, non une véritable servitude, mais une simple obligation, il avait néanmoins en pratique un résultat très-analogue à celui qu'il aurait obtenu par une constitution proprement dite (1). Mais il me paraît impossible d'admettre qu'en vertu d'un tel arrangement, on pût jamais exercer l'action réelle confessoire. Peut-être, cependant, dans les derniers temps, avait-on fini par donner aussi, dans ce cas, une action confessoire utile, à peu près comme on avait donné la revendication utile aux possesseurs des fonds provinciaux, bien qu'ils ne pussent prétendre au titre de propriétaire.

---

(1) Cf. Gaius, *Comm.* II, § 31 ; § 1, Instit., *de Usufructu,* et § 19, *de Inutilib. stipul.;* et remarquez que, dans tous ces textes, l'expression *Si quis velit hoc facere* paraît indiquer la position de celui qui, voulant faire une chose impossible en droit, cherche les moyens d'obtenir au moins un équivalent.

§ 280. — Actions réelles civiles : — III. ACTION NÉGATOIRE.

L'action *négatoire* ou *négative* (1) se rapporte aussi aux servitudes, mais son but est diamétralement opposé à celui de l'action confessoire. La confessoire est donnée à celui qui *affirme* avoir une servitude sur le fonds d'autrui : elle tend, par conséquent, à faire proclamer l'existence d'une servitude au profit du demandeur; la négatoire, au contraire, est donnée au propriétaire qui nie que sa chose soit grevée d'une servitude au profit du défendeur: elle tend, par conséquent, à faire proclamer la liberté du fonds du demandeur.

I. Le propriétaire agit négatoirement contre quiconque l'empêche de disposer librement de sa chose, ou se permet sur elle des entreprises qu'une servitude seule peut autoriser (2).

Il semble, au premier abord, que l'action négatoire ne soit qu'une superfétation : au lieu de s'attacher ainsi au droit du défendeur *pour le nier,* le demandeur ne pourrait-il pas aller plus directement au but par l'action en revendication, *en affirmant purement et simplement que le fonds lui appartient?* Comme les fonds sont présumés libres jusqu'à preuve contraire, il semble que le propriétaire

(1) § 2, Instit., *de Actionib.* — Ulpian., L. 2, ff., *Si serv. vindic.*

(2) Ulpian., L. 4, § 7; — Procul., L. 13; — Pompon., L. 14, § 1; — Alfen., L. 17, ff., *Si ususfr. petat.*

arriverait ainsi au but qu'il veut atteindre; sauf à discuter la question d'existence ou de non-existence de la servitude, si le défendeur à la revendication venait à en alléguer une, pour justifier les entreprises qu'il a pu commettre contre la liberté du fonds du demandeur. Cette marche paraîtrait aussi devoir procurer au propriétaire un avantage inestimable : celui de n'avoir point à prouver un fait négatif, preuve toujours fort difficile et le plus souvent tout à fait impossible. — Cette observation a certainement quelque chose d'assez spécieux; toutefois, en y réfléchissant un peu, on ne tarde pas à se convaincre que l'action négatoire est absolument nécessaire. Pour cela, il suffit de se reporter à la formule de la revendication : SI PARET REM A. AGERII ESSE EX JURE QUIRITIUM ; cette formule met en question la propriété, abstraction faite des servitudes qui peuvent l'avoir démembrée; en d'autres termes, elle n'implique nullement la négation des servitudes que le défendeur peut avoir sur la chose revendiquée; si donc le défendeur ne prétend point à la propriété; s'il soutient seulement avoir une servitude, il n'y a pas de contradiction véritable entre les deux plaideurs; leurs prétentions ne se rencontrent pas, ne se heurtent pas; ils peuvent avoir raison tous deux à la fois. Ainsi donc, alors même que le juge reconnaîtrait que le demandeur est propriétaire, il n'y aurait rien à en conclure contre un défendeur qui n'a jamais contesté la propriété à son adversaire et qui s'est borné à soutenir que, lui défendeur, avait un droit de

servitude. — Au premier abord, cette raison paraît moins tirée du fond des choses que des termes dans lesquels est conçue la formule romaine; et, sous ce rapport, si elle justifie suffisamment la création d'une action négatoire dans une procédure réglée au moyen de formules inflexibles, elle semble insuffisante pour rendre raison de cette action dans une procédure qui, comme la nôtre, permettrait au demandeur de formuler sa demande comme il le trouve le plus utile à ses intérêts. Il semble donc que, pour éviter l'usage de l'action négatoire, il suffirait au demandeur de formuler ainsi sa revendication : « Je soutiens que j'ai la propriété *libre* « *et franche* de tel fonds. » Mais ce n'est là qu'un pur jeu de mots; et, dans la réalité, par l'addition de ces mots *franche et libre*, la prétendue revendication serait une véritable action négatoire, puisqu'après avoir établi sa propriété *in genere*, le demandeur aurait encore à prouver que cette propriété est *franche et libre*, ce qui n'est autre chose que la négation de la servitude prétendue par le défendeur. — Quant à la preuve, si le défendeur est en possession de la servitude, il serait inique qu'à l'aide d'un détour de langage, on pût lui imposer une obligation qui, en toute justice, doit retomber sur celui qui tend à déranger l'état de choses existant (1).

---

(1) Les principes sur la possession des servitudes sont exposés ci-après dans le chapitre VI consacré aux *interdits*.

II. Les réflexions qui précèdent montrent que, pour distinguer la confessoire de la négatoire, il ne faut pas s'attacher aux mots, mais au fond des choses. De même, en effet, que nous venons de voir qu'il serait possible de formuler une action négatoire avec une forme affirmative de langage, de même il arrive fréquemment que l'action confessoire (*affirmative*) soit rendue par une tournure négative. Cela arrive toutes les fois que la servitude revendiquée consiste à empêcher le propriétaire du fonds servant d'user de la propriété comme tout propriétaire a le droit de le faire, d'après la loi du pays. Ainsi, à Rome, où chacun pouvait planter à fin d'héritage, c'était une action confessoire que de dire : *Je soutiens que Titius ne peut planter à moins de six pieds*. Sous notre Code civil, une telle action serait négatoire; car la propriété étant constituée de façon à ce que, *jure communi*, nul propriétaire ne puisse planter les arbres de haute tige à moins de deux mètres de la limite; quand je soutiens que mon voisin n'a pas le droit de planter en deçà de cette distance, ce n'est point une servitude que je réclame sur lui, c'est une action négatoire que j'exerce pour faire reconnaître la liberté de mon fonds (1). Mais il y aurait action confes-

(1) C'est à tort, et non sans grand dommage pour la netteté des idées, que notre Code civil a qualifié *servitudes naturelles* ou *légales* les restrictions par lesquelles il a cru devoir limiter le droit de propriété (C. C., art. 640 à 685). Ces restrictions constituent l'*état normal* de la propriété en

soire, si je soutenais que mon voisin ne peut planter à moins de trois mètres; car pour cela, il faudrait que son fonds fût grevé de servitude à mon profit.

III. La revendication de propriété n'est jamais accordée au possesseur; *sufficit ei quod possideat* (§ 278, n° 2). Les raisons données à l'appui de cette règle paraissent parfaitement applicables aux actions confessoire et négatoire; cependant il est certain que l'action confessoire pouvait être exercée même par celui qui se trouvait en possession de la servitude qu'il venait revendiquer; et que, pareillement, l'action négatoire n'était point refusée au propriétaire, alors même qu'il aurait eu la possession *libre* de son fonds (1). Cette anomalie, qu'il serait, je crois, difficile de justifier en raison, s'explique, en droit romain, par des circonstances toutes locales.

Quant à la confessoire, il faut se rappeler que les Romains n'avaient point d'abord admis que les servitudes fussent susceptibles de possession; en conséquence, dans l'origine, les divers interdits créés par le préteur pour protéger la possession

---

France; et, par conséquent, ne méritent pas le nom de *servitudes.* Cette remarque est importante pour distinguer l'action négatoire de l'action confessoire, et aussi pour la décision de cette question : à qui incombe l'obligation de prouver?

(1) Ulpian., L. 5, § 7, ff., *Si ususfruct. petat.* — L. 6, § 1, *Si serv. vindic.*

ne se référaient qu'à la possession complète : celle dans laquelle le possesseur aspire à la propriété (*animo domini*). A cette époque donc, celui qui avait l'exercice d'une servitude ne trouvant, ni dans le droit civil, ni dans le droit prétorien, aucun moyen légal pour protéger cet exercice, en tant que possession, n'avait d'autre ressource que d'agir au pétitoire, par action confessoire, contre ceux qui le troublaient dans l'exercice de son droit (1). Et quand, plus tard, on étendit les interdits à la quasi-possession des servitudes, on ne songea pas à abroger la règle qui s'était établie comme conséquence forcée du régime antérieur; mais comme il est, en général, bien plus commode d'agir au possessoire qu'au pétitoire, il est vraisemblable que les possesseurs de servitudes devaient bien rarement user de la permission d'agir *de plano* par action confessoire.

Cette explication ne paraît point d'abord applicable à la difficulté considérée par rapport à l'action négatoire. En effet, de deux choses l'une : si le propriétaire n'est point troublé dans la libre possession de la chose, ne peut-il pas attendre que celui qui prétend avoir une servitude sur cette chose vienne l'attaquer par action confessoire?

(1) C'est aussi ce qui arrive en droit français pour les servitudes qui ne réunissent pas le double caractère de *continues* et d'*apparentes* : comme de telles servitudes ne sont pas susceptibles d'une possession légale, celui qui est troublé dans leur exercice ne peut agir qu'au pétitoire.

et si, au contraire, il est troublé par des voies de fait, pourquoi n'aurait-il pas recours à l'interdit direct *Uti possidetis;* puisque cet interdit a été précisément imaginé pour ceux qui, comme le propriétaire dont il s'agit, possèdent un immeuble *animo domini?* — Il faut remarquer que, par sa formule même, l'interdit *Uti possidetis* suppose que chacun des plaideurs prétend également posséder *animo domini;* qu'ainsi il est inapplicable, du moins directement, au cas où l'une des parties, n'élevant aucune prétention à la possession proprement dite, invoque seulement la quasi-possession d'une servitude : en réalité donc, il y avait ici pour le propriétaire même disette de moyens possessoires (1) que pour le possesseur de servitude, et, par conséquent, même nécessité, pour lui, de recourir à l'action pétitoire négatoire pour faire cesser le trouble qu'apporteraient à sa libre possession ceux qui prétendraient exercer sur le fonds des actes constitutifs de servitude.

IV. Mais, de ce que le propriétaire en *libre* possession de son fonds se trouvait, par suite des lacunes du droit en matière possessoire, dans la nécessité de prendre au pétitoire le rôle de demandeur, s'ensuit-il qu'il dût, comme tout autre de-

(1) Nous ne voulons parler ici que du trouble de nature à donner lieu à l'interdit UTI POSSIDETIS; car si le trouble avait dégénéré en *actes de violence,* le propriétaire aurait eu incontestablement l'interdit UNDE VI. — Voyez, au chap. VI de ce livre, la matière des interdits possessoires. — Cf. Pellat, ouvr. cit., pag. 77 et suivantes.

mandeur, faire la preuve de sa demande? Cela eût été bien inique : par cela même qu'il est juste de mettre la preuve à la charge de celui qui veut changer l'état de choses existant, il est inique de la mettre à la charge de celui qui, au contraire, se borne à repousser une innovation : cela est vrai surtout dans le cas qui nous occupe, puisque la preuve de l'action négatoire est le plus souvent logiquement impossible. Il est donc vraisemblable que le propriétaire, agissant par action négatoire, n'était tenu à la preuve qu'autant que les actes de servitude qu'il voulait faire réprimer constituaient un *fait consommé;* et qu'il n'avait rien à prouver, rien hormis sa propriété, quand les faits de trouble, formant l'objet de sa plainte, constituaient, de la part du défendeur, une tentative d'exercer la servitude plutôt qu'un exercice consommé de cette servitude. Telle paraît être la décision d'Ulpien : « Sed si quæritur quis possessoris, « quis petitoris partes sustineat, sciendum est pos« sessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa « sint, eum qui servitutem sibi deberi ait; si vero « non sunt immissa, eum qui negat. » Il s'agit, dans ce texte, de la servitude qui consiste à placer des poutres dans le mur du voisin : les poutres sont-elles déjà placées, c'est au propriétaire du mur qui demande l'enlèvement de ces poutres à établir que le voisin n'avait pas le droit de les placer; si, au contraire, les poutres ne sont point encore en place, s'il y a seulement une tentative, le propriétaire du mur n'a plus rien à prouver; car c'est

lui qui combat pour le maintien du *statu quo*, et le *statu quo* n'a pas besoin d'être justifié : *in pari causa, potior causa possidentis*. Et remarquez qu'en posant cette règle si sage, Ulpien ne semble d'ailleurs nullement se préoccuper de savoir quelle est celle des parties qui, *dans l'ordre de la procédure*, joue le rôle de demandeur, c'est-à-dire qui a cité l'autre devant la justice (1).

---

(1) Ulpian., L. 8, § 3, ff., *Si serv. vindic.* — On pourrait tirer les mêmes conséquences de cet autre passage d'Ulpien, L. 6, § 1, *eod.* : « Sciendum est tamen in his servitu« tibus (celles qui interdisent à un propriétaire le droit de « bâtir) *possessorem esse eum juris et petitorem* : et si forte « non habeam ædificatum altius in meo, adversarius meus « possessor est; nam, *cum nihil sit innovatum, ille possidet*, « et ædificantem me prohibere potest et civili actione (*con« fessoire*) et interdicto *Quod vi aut clam*, idem si lapilli jactu « impedierit. Sed si, patiente eo, ædificavero, ego posses« sor ero effectus. » — Ce texte contient deux décisions : la seconde est incontestable; il n'en est pas de même de la première. Si l'action de bâtir contrairement à une servitude est, de la part du propriétaire, une protestation suffisante, et, par conséquent, un acte possessoire en faveur de la liberté du fonds; il ne me semble pas que la conduite contraire puisse être considérée comme constituant, au profit du voisin, la possession de la *servitude, altius non tollendi* : ne point bâtir sur mon propre fonds est un acte purement négatif, qui peut s'expliquer de bien des manières, et qui n'implique nullement la reconnaissance d'aucune servitude au profit de mes voisins. — Nul doute aussi qu'en droit français une telle circonstance ne fût considérée comme insuffisante pour motiver une action possessoire au profit du propriétaire du fonds prétendu dominant.

V. Ce qui précède fournit l'explication d'un texte célèbre par le tourment qu'il a donné aux interprètes : « Sane *uno casu qui possidet* nihilominus « *partes actoris* obtinet, sicut in latioribus Diges- « torum libris opportunius apparebit » (1). — On a demandé quel était ce cas unique (*uno casu*) dont parle Justinien, et pour lequel il renvoie si malencontreusement son lecteur à la masse du Digeste. Il me semble évident que Justinien veut parler de l'action négatoire, cas auquel le propriétaire, bien qu'en possession de son fonds, est cependant obligé de jouer le rôle de demandeur contre ceux qui prétendent avoir des droits de servitude sur son fonds. M. Du Caurroy explique la chose tout autrement : suivant cet auteur, il s'agirait ici du cas où le propriétaire, attaqué par action publicienne, se défend en opposant l'exception *justi dominii* (§ 282). Mais cette explication n'est pas vraisemblable : peut-on raisonnablement supposer que, dans un texte consacré aux actions confessoire et négatoire, Justinien ait laissé de côté un exemple qui était en quelque sorte sous sa main, pour aller songer à une hypothèse compliquée qui n'avait aucun rapport direct avec le sujet qui lui suggérait son observation? Ne serait-il pas en outre bien bizarre qu'il se fût appliqué à poser ainsi une énigme à la jeunesse studieuse pour laquelle il avait ordonné la composition des Institutes? D'ailleurs, Justinien suppose que le possesseur exerce une *action,* et non qu'il op-

(1) § 2, *in fine*, Instit., *de Actionib.*

pose une *exception*. Je n'admets pas non plus que les mots *partes actoris obtinere* signifient ici, comme le pense M. Du Caurroy, que le possesseur est *chargé de la preuve*. Je crois avoir démontré tout à l'heure que, dans l'action négatoire, au moins jusqu'à l'époque où l'on accorda au propriétaire l'interdit *Uti possidetis* utile, la question de preuve devait se décider indépendamment du rôle que le propriétaire avait dans la procédure.

VI. La plupart des difficultés, qui viennent d'être examinées, ne peuvent pas même se présenter en France, grâce aux principes plus simples de notre droit en matière de possession. — D'abord, quant aux servitudes qui ne sont pas tout à la fois *continues et apparentes* (1), comme elles ne sont pas susceptibles de possession, le possessoire est toujours, à leur égard, en faveur de la liberté du fonds. Le propriétaire peut donc attendre en repos qu'on vienne l'attaquer par action confessoire; et, s'il est troublé par des voies de fait, il lui suffit d'agir au possessoire par l'action en complainte : pour les servitudes de cette espèce, il n'a donc jamais besoin d'agir négatoirement au pétitoire, ce qui est très-important, à raison de la difficulté de la preuve. — Relativement aux servitudes *continues et apparentes,* il faut distinguer : si les ouvrages qui constituent ces servitudes (2) n'existent pas depuis

(1) Les servitudes de cette espèce correspondent à peu près aux servitudes *rurales* des Romains.

(2) Les servitudes de cette espèce correspondent à peu

un an au moins, avec les caractères réglés par l'article 2229, le propriétaire n'a pas non plus besoin d'agir négatoirement au pétitoire; il peut, avec bien moins de difficulté, obtenir, au possessoire, la destruction des ouvrages qui troublent la liberté de son fonds; sauf au voisin (s'il se croit fondé en droit à exercer la servitude) à la revendiquer ensuite, au pétitoire, par action confessoire, avec dommages-intérêts, à raison de l'indue suppression obtenue, au possessoire, par le propriétaire. Si, au contraire, les ouvrages constitutifs de la servitude existent paisiblement et publiquement depuis une année et plus, le propriétaire du fonds assujetti n'a plus d'autre ressource que d'agir, au pétitoire, par action négatoire, c'est-à-dire en prouvant, *par titres*, que le voisin *n'a pas droit à la servitude* manifestée par les ouvrages dont la suppression est demandée. Or, comme une telle preuve est presque toujours impossible, il en résulte que, bien qu'en théorie les servitudes ne s'acquièrent que par la possession de 10, 20 ou 30 ans; cependant, dans le résultat pratique, la possession, pendant une seule année, mettra le plus souvent le possesseur

---

près aux servitudes *urbaines* des Romains; «*in superficie* consistunt.» — Faisons remarquer, à ce propos, que la définition des servitudes *rurales* et *urbaines*, dans l'art. 687 du Code civil, ne reproduit nullement le sens des définitions romaines; et qu'en outre, cette division, telle qu'elle est caractérisée par le Code civil, ne peut présenter absolument aucune utilité pratique.

de la servitude dans une position *presque* aussi bonne que s'il eût possédé assez longtemps pour prescrire : je dis *presque;* car, en réalité, l'existence annale des travaux ne constitue pas le droit de servitude, mais seulement la possession de ce droit; et cette possession peut se perdre par un état contraire durant une autre année.

### § 281. — Actions réelles civiles : — IV. Pétition d'hérédité.

La pétition d'hérédité est aussi une action réelle (*vindicatio*) et une *vindicatio rei incorporalis,* car le droit héréditaire, que le demandeur affirme lui appartenir, est absolument distinct des choses corporelles qui peuvent en dépendre (1).

Elle est *totale* ou *partielle*, ou, comme nous dirions en France, *universelle* ou *à titre universel*, selon que le demandeur se prétend héritier pour le tout (*ex asse*), ou seulement pour une quote-part (*ex parte*). Cette distinction se réfère exclusivement au titre sur lequel se fonde le demandeur, et nullement à la chose qu'il réclame du défendeur. — Ainsi, quand le demandeur se prétend seul héritier, la pétition est universelle, alors même que le défendeur ne possèderait qu'un objet singulier; et, réciproquement, elle est *partielle*, alors même que le défendeur posséderait toute l'hérédité, si le de-

(1) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Hær. pet.* — Papinian., L. 50, *eod.* — Cf. § 1, Instit., *de Reb. corp. et incorp.*

mandeur ne se prétendait héritier que pour une partie (1).

I. La pétition d'hérédité directe compète à quiconque est héritier (*hæres*) soit testamentaire, soit *ab intestat,* soit d'après l'ancien droit, soit d'après les constitutions nouvelles (2). — Le successeur prétorien (*bonorum possessor*) et le fidéicommissaire universel ne sont point reconnus pour héritiers proprement dits par le droit civil; ils ne peuvent donc exercer la pétition d'hérédité directe; mais, à l'aide, sans doute, de quelque fiction, analogue à celles dont il a été parlé au § 265, on avait fini par leur accorder la pétition d'hérédité utile dont les résultats pratiques sont absolument semblables (3).

II. La pétition d'hérédité n'a lieu que contre ceux qui, possédant *pro hærede* ou *pro possessore,* tout ou partie de l'hérédité, ou même un objet particulier qui en dépend, contestent le droit du demandeur à la succession. On ne peut, en effet, agir par pétition d'hérédité contre celui qui, ne contestant pas au demandeur le titre et la qualité d'héritier, possède, comme *acheteur,* comme *donataire,* etc., soit des choses particulières que le demandeur

(1) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *Si pars hæred. petat.*

(2) Gaius, L. 1 et L. 3; — Ulpian., L. 2; — Paul., L. 34 ff., *de Hær. pet.*

(3) Voyez au Digeste, lib. V, tit. 5 : *de Possess. hær. pet.,* et tit. 6 : *de Fideicom. hær. pet.* — Avant qu'on lui eût accordé la *petitio hæreditatis* utile, le *bonorum possessor* n'avait pour réclamer son droit que l'interdit QUORUM BONORUM, dont il sera fait mention dans le chap. IV de ce livre.

prétend faire partie de la succession, soit même une partie de la succession (1). Ainsi, la première chose à faire pour le demandeur, c'est d'interroger *in iure* le défendeur sur la qualité en laquelle il prétend posséder; de la réponse qu'il fera, et il ne peut se dispenser de répondre (§ 214), dépendra le choix de l'action à diriger contre lui (2).

Est dit posséder *pro hærede,* celui qui, à tort ou à raison, de bonne ou de mauvaise foi, se prétend héritier et conteste cette qualité au demandeur (3). — Possède *pro possessore,* celui qui ne peut alléguer aucune cause légitime de sa possession (4).

---

(1) Gaius, L. 10, ff., *de Hær. pet.*— Dans le cas où le défendeur ne conteste pas au demandeur la qualité d'héritier, celui-ci ne peut agir que par les actions particulières propres à chaque genre de réclamation : Diocl. et Maxim., L. 7, *in fine,* C., *de Hær. pet.;* nec obstat Ulpian., L. 13, § 11, ff., *eod.* — Cf. Cujac., *Obs.,* IX, 25, et Vinnius, *Select. quæst.,* I, 23. — *Voy.* encore Ulpian., L. 13, § ult., et L. 42, *de Hær. petit.*

(2) Arcad. et Hon., L. 11, C., *de Hær. pet.* — Cf. Ulpian., L. 4, et Paul., L. 20, ff., *de Interrogat.*

(3) Ulpian., L. 11, ff., *de Hær. pet.:* «Pro hærede possi«det qui putat se hæredem esse. Sed an is qui scit se hære«dem non esse pro hærede possideat quæritur? Et Arria«nus putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. Sed «enim et bonorum possessor pro hærede videtur possi«dere.»

(4) Ulpian., L. 11, § 1, *eod.* : «Pro possessore possidet «prædo;» — L. 12 : «Qui interrogatus cur possideat, res«ponsurus sit *quia possideo,* nec contendet se hæredem esse,

Au surplus, dès que le défendeur prétend posséder *pro hœrede*, il est soumis à l'action en pétition d'hérédité, alors même que, ne possédant en réalité aucun *corps* héréditaire, il aurait seulement acquis, à l'occasion de l'hérédité, quelque droit ou quelque action (*possessor juris*). Par exemple, si celui qui possédait *pro hœrede* a été violemment expulsé par un tiers, la faculté d'agir contre ce tiers, par l'interdit UNDE VI, est considérée comme une possession de droit suffisante. On pourra donc agir contre lui par pétition d'hérédité, à l'effet d'en obtenir la cession de cet interdit. — On pourrait pareillement agir contre l'auteur de la violence, qui, lui, possède *pro possessore* (1). — Il en faut dire autant du cas où le possesseur *pro hœrede* aurait aliéné une chose héréditaire: il est tenu par la pétition d'hérédité de restituer le prix, s'il l'a déjà reçu, sinon de céder son action contre l'acheteur. Dans cette hypothèse, l'héritier pourra-t-il agir contre le tiers acquéreur? Il est évident d'abord que ce dernier ne peut être actionné par pétition d'hérédité; car il ne possède ni *pro hœrede* ni *pro possessore*, mais bien *pro emptore*. Mais l'héritier peut agir contre lui en *revendication*, à moins, toutefois, que le possesseur *pro hœrede* (héritier apparent) ne fût de bonne foi au moment de la vente. Dans

---

« vel per mendacium ; » — L. 13 : « Nec ullam causam posses- « sionis potest dicere; et ideo fur et raptor petitione hære- « ditatis tenentur. »

(1) Ulpian., L. 16, § 4, ff., *de Hær. pet.*

ce cas, en effet, pour ne pas exposer le possesseur de bonne foi aux conséquences fâcheuses du recours en éviction, on refuse à l'héritier l'action en revendication contre l'acheteur (1).

---

(1) Ulpian., d. L. 16, §§ 5 et 7. — Idem, L. 25, § 17, *eod.*: «Item si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pre«tio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usu«captæ sint, vindicare petitor ab emptore possit?... *Et «puto posse res vindicari; nisi emptores regressum ad bonæ «fidei possessorem habent.»* — Telle est la seule décision que le droit romain contienne sur la question fameuse, tant débattue chez nous, *de la validité des ventes consenties par l'héritier apparent*. Pour les Romains (qui se gardaient bien de confondre, comme l'a trop fait notre Code civil, la formation du *contrat* avec le *transfert de propriété*), la question ainsi posée n'en eût pas été une; puisque, chez eux, la vente de la chose d'autrui était parfaitement licite; la difficulté aurait donc dû se formuler autrement, et en ces termes : *l'aliénation consentie, à titre onéreux, par l'héritier apparent, transfère-t-elle immédiatement la propriété à l'acquéreur?* Le texte d'Ulpien, rapporté ci-dessus, montre clairement que les Romains n'avaient point admis une telle anomalie : «*nemo plus juris in alium transferre potest quam «ipse habet.*» Il est vrai que, si l'héritier apparent a été de bonne foi, on refuse à l'héritier véritable la revendication contre l'acheteur : mais on n'en saurait conclure que cet acheteur soit pour cela reconnu propriétaire; et que, par exemple, s'il venait à perdre la possession, il fût recevable à revendiquer. Il est évident, en effet, que si les Romains avaient cru pouvoir attribuer à l'acquéreur une propriété réelle ou feinte, comme ils le faisaient dans le cas de la publicienne (§ 282), Ulpien n'aurait pas eu besoin de s'appuyer sur la considération d'équité qu'il invoque, pour refuser à l'héritier véritable l'exercice de la revendication.

Enfin, la pétition d'hérédité peut encore être exercée contre celui qui, ayant possédé *pro hœrede* ou *pro possessore*, a cessé de posséder par dol (1); et même contre celui qui, n'ayant jamais rien possédé, se serait néanmoins offert au procès, en déclarant faussement posséder *pro hœrede* tout ou partie de la succession (2).

III. De ce qui a été dit résulte bien clairement la nature de la preuve à faire par le demandeur en pétition d'hérédité. Il lui suffit de prouver qu'il est

---

Cette note était écrite depuis longtemps, quand je fus chargé, dans ces derniers temps, de soutenir à la Cour de cassation la validité des ventes consenties par l'héritier apparent. Après mûr examen de la question, il ne me parut pas possible de trouver dans les principes ordinaires sur la propriété, la succession et la vente, aucune raison pour repousser la revendication de l'héritier véritable. Mais, dans la cause particulière qui m'était confiée, je crus pouvoir, en toute sûreté de conscience, placer ces ventes sous la protection de la maxime *Error communis facit jus*. Les développements sur lesquels j'appuyais cette manière nouvelle de décider la question ne peuvent trouver place dans ce livre; mais la solution que je proposais m'inspire d'autant plus de confiance, qu'un homme éminent par son savoir et sa judiciaire, M. le premier avocat général, Laplagne-Barris, était arrivé, de son côté, au même résultat que moi. La Cour de cassation crut devoir adopter une solution plus absolue, dont les principes me semblent être fort sujets à contestation. (*Voy*. Dalloz, année 1843, page 49.)

(1) Ulpian., L. 13, § 14; et L. 25, § 2, ff., *de Hær. pet.*

(2) Ulpian., L. 13, § 13; Celsus, L. 45, ff., *de Hæred. petit.*

héritier pour l'emporter sur quiconque possède seulement *pro hæredе* ou *pro possessore*. Cette preuve serait, au contraire, insuffisante contre quiconque posséderait en vertu d'une acquisition spéciale, comme vente, donation : contre de tels possesseurs, l'héritier devrait agir par revendication (1), sauf, à ceux-ci, à opposer l'exception *quod præjudicium hæreditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit* (2).

IV. La procédure de la pétition d'hérédité était la même que celle de la revendication de propriété. Pour l'une, comme pour l'autre, il y avait au temps de Gaius trois formes distinctes : — 1° l'action de la loi *per sacramentum*, quand le procès devait être porté devant les Centumvirs : il n'y avait pas alors délivrance de formule, on se bornait à accomplir devant le magistrat le rite de l'action de la loi. — 2° La *sponsion*, qui imitait l'action de la loi, mais par suite de laquelle on délivrait aux parties une formule conçue *in personam*. — 3° Enfin la *formule pétitoire* (3).

---

(1) Ulpian., L. 13, § 1, ff., *de Hær. pet.* — Dioclet. et Maxim., L. 7, C., *eod. tit.* — C'est là aussi exactement la position du *bonorum possessor* dans l'interdit *Quorum bonorum.*

(2) Ulpian., L. 25, § 17, ff., *de Hær. pet.* — Sur la nature de cette exception préjudicielle, *voy.* le § 187. — Cf. Ulpian., L. 7, *eod. tit.*

(3) Cicero, *de Oratore*, I, 38. — Justinian., L. ult., C., *de Hær. pet.* — Gaius, *Comm.* IV, §§ 17, 31, 91-95. — *Voy.*, ci-après, la neuvième division.

Toutes les analogies sont d'accord pour nous faire penser que la pétition d'hérédité, comme la revendication, était une action *arbitraire*, et qu'en conséquence, la demande une fois justifiée, le juge devait régler, par un *jussus*, la restitution à faire par le défendeur, sauf à le condamner ultérieurement, dans le cas où il n'obéirait pas au *jussus*. Cependant Justinien range la pétition d'hérédité parmi les actions de *bonne foi*, ce qui semble supposer qu'au moins, au temps de cet empereur, le juge n'avait plus de *jussus* à rendre, et que les restitutions se trouvaient immédiatement et définitivement réglées par une *condamnation* proprement dite, sans *jussus* préalable (1).

V. Quoi qu'il en soit de ce point de forme, qui, au fond, n'a pas grande importance, les restitutions à faire par le défendeur, condamné sur pétition d'hérédité, donnaient lieu à des règles assez compliquées, qu'il serait trop long de rappeler toutes en détail. Il est évident, d'ailleurs, que le montant des restitutions variait suivant que le possesseur avait possédé toute l'hérédité, une partie seulement de cette hérédité, ou même un objet singulier (2).

---

(1) § 28, Instit., *de Actionib.* — Cf. cependant le § 2, *de Offic. judic.*, dans lequel on semble assimiler complétement, sous le rapport des restitutions, la petition d'hérédité à la revendication.

(2) Un sénatus-consulte rendu sous Adrien, l'an de J. C. 129, avait réglé d'une manière nouvelle plusieurs points

Cette restitution comprenait, en général, non-seulement toutes les choses héréditaires corporelles ou incorporelles, possédées par le défendeur, avec leurs fruits et accessoires, mais encore tout ce que le possesseur avait reçu ou acquis à l'occasion de l'hérédité (1).

Il y avait, au reste, de notables différences relativement à ces restitutions entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. — Le premier n'est tenu de restituer que les choses ou les droits qu'il a réellement possédés; le second est tenu même à raison des choses qu'il a omis de posséder, ou qu'il a cessé de posséder par dol (2). Ainsi, le possesseur de mauvaise foi est tenu à raison des choses qu'il a aliénées, alors même qu'il n'en aurait pas profité; le possesseur de bonne foi n'en est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi (3).— Mais cette différence se ma-

---

relatifs à cette restitution : le texte en est rapporté par Ulpien, L. 20, § 6, ff., *de Hær. pet.*

(1) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Hær. pet.*: «Petitio hæreditatis, etsi actio *in rem* sit, habet tamen præstationes «quasdam *personales*, ut puta eorum quæ a debitoribus «sunt exacta, item pretiorum.» — Cf. Ulpian., L. 18, § 2; — Paul., L. 19; — Ulpian., L. 20, pr., §§ 1 et 3; — Ulpian., L. 27; — Paul., L. 32, et L. 40, *eod. tit.*

(2) Gaius, L. 41; — Ulpian., L. 25, §§ 2, 8 et 10, ff., *de Hær. pet.*

(3) Ulpian., L. 23, et L. 25, §§ 1, 11, 15 et 16, ff., *de Hær. pet.* — Cf. Ulpian., L. 31, §§ 3 et 4; et Julian., L. 54, § 2, *eod. tit.*

nifeste surtout relativement aux fruits des choses héréditaires : le possesseur de bonne foi n'étant tenu des fruits perçus, qu'autant qu'il est devenu plus riche, ne l'est jamais, à plus forte raison, pour ceux qu'il n'a point perçus; le possesseur de mauvaise foi, au contraire, doit compte non-seulement de tous les fruits perçus, mais il doit la valeur *au double* de tous ceux qu'il aurait dû ou pu percevoir (1). Ces différences ne se réfèrent qu'au temps antérieur à la *litis contestatio ;* car, à partir de ce moment, tout possesseur est réputé de mauvaise foi (2).

A l'égard des fruits perçus par le possesseur de bonne foi, on observe, entre la revendication et la pétition d'hérédité, quelques différences remarquables. Dans la revendication (3), le possesseur n'est jamais tenu des fruits perçus et consommés de bonne foi *avant la* LITIS CONTESTATIO; il en est tenu, au contraire, dans la pétition d'hérédité, au moins jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré (4); cela tient à ce que le droit héréditaire, revendiqué dans la pétition d'hérédité, est une *universalité* qui s'accroît de tous ses produits : « Fructus autem omnes augent hæredita-

(1) Paul., L. 40, § 1, ff., *de Hær. pet.* — *Sentent. recept.*, I, 13, § 8.

(2) Ulpian., L. 25, §§ 7 et 11, ff., *de Hær. pet.* — Antonin., L. 1, § 1, C., *eod. tit.*

(3) § 35, Instit., *de Rer. divis.*

(4) Paul., L. 40, § 1, ff., *de Hær. pet.*

« tem » (1). — C'est sans doute par suite de la même idée que les fruits sont toujours compris dans la pétition d'hérédité; dans la revendication d'une chose singulière et déterminée, au contraire, si le juge peut les comprendre dans le *jussus*, par lequel il règle la restitution, il n'est point tenu de le faire; et le demandeur, qui ne les a point obtenus dans la revendication de la chose, peut les réclamer par action séparée, savoir : par revendication s'ils existent encore, et par condiction s'ils n'existent plus (2).

De son côté, le défendeur doit être indemnisé des dépenses qu'il a faites à l'occasion de la succession. Si ces frais ont été faits pour les fruits, tout possesseur de bonne ou de mauvaise foi a le droit de les exiger, en tant qu'il restitue les fruits (3). Quant aux impenses qui ont eu pour objet la substance même de la succession, le possesseur de bonne foi obtient indemnité même pour celles qui se trouvent perdues; le possesseur de mauvaise foi a droit aux impenses *nécessaires* dans tous les cas; aux impenses *utiles*, jusqu'à concurrence de l'avantage qui en subsiste encore; et enfin, quant aux dépenses *voluptuaires*, il a seulement le droit de les enlever (4).

(1) Ulpian., L. 20, § 3, et L. 25, § 20, ff., *de Hær. pet.*

(2) Paul., L. 15, ff., *de Usuris.* — Gordian., L. 4, C., *de Crimin. expilat. hæred.*

(3) Paul., L. 36, § 5, ff., *de Hær. pet.*

(4) Paul., L. 38; — Gaius, L. 39, ff., *de Hær. pet.*

§ 282. — Actions réelles prétoriennes : — I. ACTION PUBLICIENNE.

On a déjà parlé, au § 265, de l'action publicienne (1), et de la fiction sur laquelle cette action repose ; il faut maintenant compléter ce premier aperçu.

Comme sa formule l'indique si nettement, la publicienne n'est autre chose qu'une revendication fondée sur la supposition que, au moment où il a perdu la possession de la chose qu'il revendique, le demandeur aurait déjà accompli une usucapion qui n'était en réalité que commencée. Cette notion conduit naturellement à cette règle: que le demandeur par action publicienne doit, en général, prouver qu'il réunissait toutes les conditions requises pour l'usucapion, sauf la *durée* (2) *de la possession* dont cette action a précisément pour but de lui faire remise. Il faut donc que celui qui agit par publicienne prouve : — 1° que la chose était susceptible d'usucapion (3) ; — 2° qu'elle lui avait été livrée *ex justa causa,* c'est-à-dire avec

---

(1) Cette action est ainsi appelée du nom de son inventeur, le préteur Publicius, que l'on croit avoir été contemporain de Cicéron.

(2) On sait que l'usucapion s'accomplissait par une possession de *deux ans* pour les immeubles, et d'*un an* pour les meubles (Gaius, *Comm.* II, § 41).

(3) *Voy.* cependant, ci-après, le n° III du présent paragraphe.

l'intention de lui en transférer la propriété (1); — 3° enfin que lui, demandeur, était de *bonne foi* (2) au moment où cette tradition lui a été faite.

---

(1-2) Plusieurs auteurs pensent que la *justa causa* (ou *justus titulus*) et la *bonne foi* ne forment qu'une seule et même condition; ou, en d'autres termes, que la *justa causa* n'est que l'un des éléments de la bonne foi (Blondeau, *Chrestom.*, pag. 315 et 317. — Du Caurroy, *Instit. expliq.*, n$^{os}$ 375 et 377). M. Pellat y voit, au contraire, deux conditions distinctes (*Princip. génér. sur la prop.*, page 18, note 2). — Ces deux opinions diffèrent peut-être plus par les mots que par les choses. En effet, si j'ai bien compris l'opinion de MM. Blondeau et Du Caurroy, ces deux professeurs, en soutenant que la bonne foi est la seule condition requise, admettent en même temps que le possesseur doit en prouver l'existence; et que, pour ce faire, il faut qu'il établisse qu'il a acquis *ex justa causa*. D'après M. Pellat, celui qui invoque l'usucapion doit seulement prouver qu'il possède *ex justa causa;* mais il n'a pas à prouver sa bonne foi: la preuve de sa mauvaise foi est à la charge de son adversaire. Ainsi, tous sont donc d'accord sur ce point, que celui qui invoque l'usucapion doit prouver la *justa causa;* mais ils diffèrent en ce que, suivant MM. Blondeau et Du Caurroy, la preuve de la *justa causa* n'aurait d'autre but que d'arriver à celle de la bonne foi; tandis que, d'après M. Pellat, la bonne foi étant présumée, la preuve de la *justa causa* serait exigée pour elle-même, et sans égard à la bonne foi. Mais, s'il en est ainsi, quel si grand intérêt y a-t-il donc à distinguer si la présomption de bonne foi découle de la *justa causa*, ou si, au contraire, c'est une présomption ayant une existence indépendante? Le résultat pratique ne sera-t-il pas toujours le même? — Notre Code civil paraît en cette matière calqué sur le droit romain : il exige aussi *juste titre* et *bonne foi;* mais quant

Ainsi le but de la publicienne est d'assurer, par anticipation, à celui qui est en voie d'acquérir la propriété par usucapion, un avantage que le droit civil ne lui accorderait qu'au bout d'un an ou de deux ans. Habitués que nous sommes à des prescriptions de 10, 20 et 30 années, nous avons peine à comprendre que le préteur ait pu sentir le besoin de venir au secours du possesseur, en abrégeant encore en sa faveur les délais, pourtant si courts, de l'usucapion romaine : ce fait s'explique par la remarque que l'action publicienne n'a jamais pour but de dépouiller, malgré lui, le propriétaire contre lequel court l'usucapion : nous allons le montrer en parcourant les diverses positions auxquelles s'applique cette action.

I. Ainsi qu'on l'a vu plus haut (§ 277), la *tradition* était insuffisante pour transférer la propriété des choses *mancipi* : en conséquence, alors même que la tradition d'une chose de cette nature avait été faite *par le propriétaire*, avec intention et pouvoir d'aliéner, la propriété quiritaire, et avec elle l'action en revendication, continuait à appartenir à l'auteur de la tradition, qui pouvait ainsi, dès le lendemain de l'aliénation, revendiquer, contre toute équité, ce qu'il avait vendu ou donné la veille. L'usucapion était sans doute un premier remède à ce mal, mais un remède bien

---

à la bonne foi, il la présume (Code civil, art. 2265 et suiv.). Il est fâcheux, seulement, que notre législateur n'ait pas donné plus de soin à la définition du *juste titre*.

imparfait; puisque l'acquéreur se trouvait ainsi livré, sans défense, pendant un an ou deux ans, aux injustes caprices de son vendeur. Un tel état de choses appelait l'intervention du préteur; et l'exception *rei venditæ et traditæ* vint fournir au possesseur de la chose *mancipi*, livrée *a domino*, le moyen de repousser une revendication conforme à la rigueur du droit civil (1). — Mais l'exception n'est qu'un moyen de défense; et dès lors, si elle suffit à protéger celui qui possède, elle ne saurait jamais être employée par qui a cessé de posséder (§ 182). L'acquéreur par tradition d'une chose *mancipi*, qui en avait perdu la possession avant que l'usucapion fût accomplie, n'aurait donc eu aucun moyen (2) de la recouvrer, si le droit prétorien ne fût venu à son secours en créant l'action publicienne.

Considérée dans cette première application, l'action publicienne peut être intentée, avec un égal succès, contre tout possesseur. Si le possesseur se trouvait être le propriétaire même qui a fait la tradition, il pourrait opposer à la publicienne l'exception *justi dominii;* mais le deman-

(1) Voir au Digeste le titre : *de Exceptione rei venditæ et traditæ.*

(2) Je suppose que l'acquéreur a perdu la possession *nec vi, nec clam, nec precario;* car, autrement, il pourrait, comme tout autre possesseur, la recouvrer, sans recourir à la publicienne, et au moyen des interdits possessoires, mais seulement contre ceux qui auraient usurpé *vi, clam* ou *precario.* (*Voy.* le chap. IV, ci-après.)

deur écarterait facilement cette exception, en faisant insérer dans la formule la réplique *rei venditæ et traditæ*. Ainsi, la circonstance que la chose a été *vendue et livrée par le propriétaire* vient toujours, tantôt comme *exception*, tantôt comme *réplique*, protéger efficacement celui auquel ces actes n'ont pu transférer le domaine quiritaire. — C'est ainsi que la possession, d'abord si fragile, résultant pour l'acquéreur de la tradition des choses *mancipi*, avait fini par être protégée tout aussi énergiquement que le domaine quiritaire lui-même, et était ainsi arrivée à former, sous le titre de *in bonis*, une véritable propriété du droit des gens.

Au temps de Justinien, l'*in bonis* n'étant plus distingué de l'*ex jure Quiritium*, cette première application, soit de l'usucapion, soit de la publicienne, ne présentait plus aucun sens (1): aussi n'en retrouve-t-on dans le Digeste que les faibles tra-

(1) Cela a conduit Justinien à altérer le texte de l'édit, qui est ainsi rapporté au Digeste, L. 1, *de Public. in rem:* « Ait prætor : *Si quis id quod traditur ex justa causa* NON « A DOMINO, *et nondum usucaptum petit, judicium dabo.* » Il est évident que ces mots *non a domino* ont été interpolés. Cela résulte de trois raisons : — D'abord, sous cette forme, l'action publicienne n'aurait pas été applicable à celui qui avait la chose *in bonis ;* et cependant, selon toute vraisemblance, c'est pour ce cas précisément qu'elle fut introduite. — En second lieu, tous les termes de l'édit se trouvent longuement commentés dans la suite du titre, et il n'est rien dit des mots *non a domino.* — Enfin, et cela lève toute difficulté, le texte de Gaius, découvert à Vérone,

ces qui ont échappé à l'attention des compilateurs.

II. L'usucapion et l'action publicienne s'appliquaient à un second cas très-différent, celui où une chose soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, avait été vendue et livrée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire (*a non domino vendita et tradita*). Naturellement l'action était alors d'une application plus restreinte que dans l'hypothèse qui vient d'être examinée; car, si l'équité autorise à ne pas tenir compte des prétentions d'un propriétaire, quand, abusant d'une simple absence de forme, il entend revenir sur une aliénation librement consentie; rien n'autorise à traiter de même le propriétaire qui, n'ayant jamais aliéné, aurait accidentellement perdu la possession de la chose dont un usurpateur aurait ensuite trafiqué. Dans ce cas, tant que l'usucapion ne sera pas accomplie au profit de l'acquéreur de bonne foi, je pourrai revendiquer contre lui, sans avoir à craindre l'exception *rei venditæ et traditæ*, qui n'a été imaginée que pour un cas tout différent. A plus forte raison, si la chose est revenue en ma possession, pourrai-je repousser victorieusement, par l'exception *justi dominii*, l'action publicienne que l'acquéreur tenterait d'exercer contre moi.

En écartant même le légitime propriétaire, et en supposant que la publicienne soit dirigée contre un possesseur ordinaire, serait-il juste qu'elle

---

nous donne la formule de la publicienne, et les mots *non a domino* ne s'y rencontrent pas.

amenât toujours le triomphe de celui qui ne peut invoquer d'autre titre que celui-ci : « La chose m'a « été vendue et livrée ? » Non, sans doute ; car il pourrait très-bien se faire que le possesseur attaqué eût lui-même acheté et reçu avec une égale bonne foi *a non domino* ? Les positions étant égales, auquel donner la préférence? A cet égard, les jurisconsultes romains n'étaient pas bien d'accord. — Neratius donnait, dans tous les cas, la préférence à la tradition la plus ancienne. Julien, dont l'avis a été adopté par Ulpien, distinguait l'origine des deux acquisitions. La chose a-t-elle été vendue et livrée successivement aux deux acquéreurs par le même auteur (*ab eodem non domino*), il donnait la préférence à la tradition la plus ancienne. Les deux traditions émanent-elles d'auteurs différents, il maintenait le détenteur actuel, sans égard à l'antériorité (1). Il me paraîtrait plus logique de préférer toujours le détenteur actuel. *In pari causa potior causa possidentis ;* cette parité ne me semble nullement altérée par l'antériorité de l'une des deux traditions : du moment que l'une et l'autre émanent également *a non domino*, l'antériorité n'a conféré aucun droit, hors la possession ; et la possession actuelle doit l'emporter sur une possession évanouie. Qu'importe d'ailleurs que les deux acquéreurs aient traité avec un même auteur ou avec des auteurs différents ?

---

(1) Neratius, L. 31, § 2, ff., *de Act. empt.* — Ulpian., L. 9, § 4, ff., *de Public. in rem.*

Quoi qu'il en soit, on voit que, relativement aux choses vendues et livrées *a non domino*, la publicienne, toujours inefficace contre le propriétaire, l'était même souvent encore contre un autre possesseur ayant titre et bonne foi : c'était donc seulement contre ceux qui auraient possédé sans cause ou sans bonne foi que la publicienne assurait le triomphe du demandeur.

III. Jusqu'ici on a vu l'usucapion et la publicienne soumises aux mêmes conditions, comme deux institutions dont l'une serait seulement destinée à compléter l'autre. Ce parallélisme n'est pas absolu; car la publicienne pouvait être aussi exercée pour des choses non susceptibles d'usucapion, et notamment pour les servitudes personnelles ou prédiales, rurales ou urbaines, dont la loi Scribonia avait prohibé l'acquisition par usucapion (1). Pothier explique cette anomalie en disant que si les servitudes ne pouvaient être acquises par usucapion, elles pouvaient du moins l'être par la possession *longi temporis* (2). Mais cette explication n'est nullement satisfaisante : d'abord, parce que l'édit qui a établi l'action publicienne se sert positivement du mot *usucaptum*, et non des mots *longo tempore possessum;* ensuite, parce que, à la différence de l'usucapion, la longue possession ne faisait pas acquérir un droit positif proprement dit, mais donnait seulement un interdit ou une action

(1) Paul., L. 4, § 29, *de Usucap.*

(2) Pothier, *ad Pand., de Public. in rem*, n° XIV.

*utile* pour protéger la possession (1). La difficulté serait expliquée plus logiquement, soit en supposant que l'application de la publicienne aux servitudes avait été déjà établie avant la loi Scribonia, et que cette loi n'a pas voulu détruire un usage établi (2); soit en supposant, ce qui me semble plus vraisemblable, que, relativement aux servitudes, l'action publicienne n'était qu'une action utile, donnée par extension, *ob utilitatem publicam.*

IV. Après avoir indiqué les divers rapports auxquels s'appliquait la publicienne, il reste à faire quelques dernières observations sur l'utilité pratique de cette action.

Bien qu'elle eût été imaginée en faveur de ceux qui n'avaient point la propriété quiritaire, elle devait être fort souvent utile à ceux-là mêmes qui avaient acquis cette propriété. En effet, pour agir avec succès par la revendication proprement dite, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut encore être en mesure de le prouver. Or, cette preuve est difficile; et même, à parler rigoureusement, elle n'est presque jamais complétement possible. Prouver que la chose m'a été transférée par l'un

---

(1) Ulpian., L. 11, § 2, ff., *de Public. in rem.* — L. 10, *Si serv. vindic.* — Scævola, L. 26, ff., *de Aqu. et aq. pluv.*

(2) On ne connait exactement ni la date de la loi Scribonia ni celle de l'édit de Publicius : on croit que la loi Scribonia est de l'an 720 de Rome, c'est-à-dire dix ans après la mort de Cicéron : elle pourrait donc être antérieure à l'édit (*voy.* page 142, note 1).

des modes réglés par la loi, ce n'est point prouver que je suis devenu propriétaire; car, pour cela, il faudrait qu'il fût d'ors et déjà constant que mon auteur l'était lui-même; à son égard, la même difficulté oblige à remonter à l'auteur précédent, et ainsi de suite jusqu'au premier occupant. Il est vrai qu'en remontant suffisamment, on arrive le plus souvent à se placer sous la protection de l'usucapion; mais l'usucapion ne se constitue pas seulement de conditions *positives* susceptibles de tomber en preuve, elle est encore subordonnée à des conditions *négatives* (1), à l'égard desquelles toute preuve est impraticable. Enfin, alors même que tous ces points seraient éclaircis, la preuve offrirait encore une lacune; car qui peut répondre que mon auteur, avant de consentir l'aliénation dont je me prévaux, ne s'était pas déjà dépouillé par une aliénation antérieure, restée secrète? — La preuve mathématique de la propriété étant donc impossible (2), on a été

(1) Par exemple, en droit romain, l'usucapion ne pouvait s'accomplir par aucun laps de temps sur les choses volées, ou dont la prise de possession était entachée de violence (§ 2, Instit., *de Usucap.*). En France, certaines choses sont imprescriptibles (C. C., 2226); et relativement aux choses prescriptibles elles-mêmes, le cours de la prescription peut se trouver suspendu pendant un temps indéfini par un enchaînement de *minorités* et de constitutions dotales (C. C., 2252, 2255).

(2) Il faut excepter, en effet, un petit nombre de cas dans lesquels l'acquéreur obtient immédiatement la propriété, alors même que son auteur ne serait pas proprié-

conduit, dans la pratique judiciaire, à considérer cette preuve comme suffisamment faite, du moment que le demandeur a prouvé qu'il s'est accompli à son profit l'un des événements qui, habituellement, font acquérir la propriété. A vrai dire, cependant, c'est là bien moins une preuve qu'une présomption; mais c'est une présomption telle qu'elle doit l'emporter sur la simple possession du défendeur. Il est bien entendu, au reste, que celui-ci est admissible *de plano* à combattre la preuve du demandeur, en établissant l'existence des causes qui, dans chaque espèce, ont pu empêcher que l'événement translatif de propriété, invoqué par le demandeur, ne produisît son effet ordinaire.

Au reste, même en la ramenant ainsi dans les termes de ce qui est praticable, la preuve de la propriété était encore assez difficile, pour que l'acquéreur, même le plus légitime, dût souvent désirer de s'en épargner l'embarras : on laissait donc souvent de côté la revendication pour recourir à la publicienne. Si le résultat de cette dernière est moins satisfaisant, moins complet, en ce sens qu'elle ne conduit pas, comme la revendication, à une déclaration de propriété en faveur du de-

---

taire : telles étaient, d'après une constitution de Zénon, les ventes faites par le fisc (§ 14, Instit., *de Usucap.*); et, en France, les ventes de biens nationaux (Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 94. — *Voir*, cependant, un arrêt de cassation du 26 décembre 1825).

mandeur, elle est d'un usage bien plus commode, puisque, pour obtenir gain de cause au moyen de la publicienne, il suffit au demandeur de prouver que la chose lui a été *vendue* et *livrée*, deux faits dont la preuve ne peut offrir de difficulté sérieuse.

A ce sujet, on peut se demander quel est, en droit français, le véritable caractère de notre revendication de propriété, et à quoi elle ressemble le plus, de la publicienne ou de la revendication romaine? — D'abord il est certain que, d'après notre Code civil, la preuve de la propriété est plus difficile encore qu'elle ne l'était en droit romain : dès qu'on admet que la propriété peut être transférée, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute tradition ou transcription (1), par la seule vertu d'un contrat clandestin, il est par trop évident qu'en saine logique le contrat d'acquisition établit à peine une présomption de propriété au profit de celui qui le produit. Cependant, malgré cet état de choses, ou plutôt à cause de lui, notre pratique n'a pu se montrer rigoureuse au sujet des preuves à administrer par le demandeur en revendication : ainsi, en général (2), le revendiquant gagne son procès par cela seul qu'il prouve que la chose lui a été vendue, donnée ou

(1) *Voyez*, ci-dessus, § 274, n° III, pag. 58 et suiv.

(2) Je dis *en général*, car le possesseur peut avoir des titres qui balancent ceux du demandeur : on se trouve alors dans une position analogue à celle dont il a été question à la fin du n° II de ce paragraphe.

aliénée à tout autre titre. Sous ce rapport, notre action pétitoire de propriété paraît bien plus ressembler à la publicienne qu'à la revendication des Romains. Il n'en est rien cependant : dans la publicienne, le demandeur aurait pu avouer impunément que son auteur n'était point propriétaire; tandis qu'en France, si le demandeur au pétitoire avait l'imprudence de faire un tel aveu, ou si le défendeur pouvait établir ce fait, la demande serait inévitablement repoussée ; à moins, bien entendu, que le demandeur n'eût, par lui-même, possédé assez longtemps pour prescrire. Notre action pétitoire est donc bien une revendication proprement dite, en ce sens que celui qui l'intente doit prétendre à la propriété (*intendere rem suam esse*) ; mais, en réalité, on se contente de preuves si peu rigoureuses, que cette revendication n'est pas plus gênante que ne l'était à Rome l'action publicienne.

§ 283. — Actions réelles prétoriennes : — II. ACTION CONTRE-PUBLICIENNE.

La fiction sur laquelle repose la publicienne étend le principe de l'usucapion, puisqu'elle en fait jouir, par anticipation, un demandeur qui, en réalité, n'a point usucapé. L'action dont nous avons maintenant à nous occuper a un but tout contraire, à savoir, de restreindre le principe de l'usucapion dans diverses circonstances, où cette manière d'acquérir conduirait à des résultats ini-

ques. A cet effet, et à l'aide d'une fiction inverse de la précédente, le préteur tient pour non avenue l'usucapion accomplie au profit du possesseur, et permet à l'ancien propriétaire de revendiquer, comme si l'usucapion n'eût pas transféré la propriété à celui contre lequel l'action est intentée (1). La contre-publicienne reçoit deux applications très-distinctes.

I. Le premier cas est celui où l'usucapion se serait accomplie au préjudice d'un propriétaire absent ou empêché par un motif légitime. L'ex-propriétaire, ainsi dépouillé, sera admis par le préteur à revendiquer la chose comme si elle n'eût pas été usucapée (*rescissa usucapione*). Toutefois, s'il est équitable de venir au secours de celui qui n'a pas pu agir, il ne serait pas juste de déroger aux principes du droit civil en faveur de l'homme qui, pouvant réclamer en temps utile, aurait laissé, par une négligence blâmable, l'usucapion s'accomplir à son préjudice. En conséquence, sont seuls admis à revendiquer par contre-publicienne ceux qui étaient absents pour un service public, ou qui étaient retenus par une crainte raisonnable, les prisonniers de guerre, les hommes libres, indûment retenus comme esclaves, enfin, généralement, ceux qui sont détenus d'une manière quelcon-

---

(1) §§ 3 et 5, Instit., *de Actionib.* — Cf. § 265, n° 4. — Quelques commentateurs ont donné à l'action que nous appelons contre-publicienne le nom d'action publicienne *rescisoire*.

que (1). Sous ce rapport, notre Code civil est plus sévère que le droit prétorien; car s'il admet la maxime *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, c'est seulement au profit des mineurs et de la femme mariée dans un petit nombre de cas; l'absence du propriétaire, même pour un service public, sa captivité, et les autres obstacles qui peuvent l'empêcher d'agir, ne sont considérés ni comme interrompant le cours de la prescription, ni même comme autorisant une action en rescision de l'usucapion accomplie (2). Cette différence entre les deux droits s'explique d'ailleurs facilement par l'inégalité des délais de l'usucapion. A Rome, où l'usucapion s'accomplissait par un an ou deux ans, le propriétaire se trouvait bien plus souvent victime de l'usucapion qu'il ne peut l'être chez nous, où la prescription exige dix, vingt ou trente ans de possession.

II. Des considérations d'équité d'une nature analogue avaient aussi fait accorder la contre-publicienne dans une situation entièrement différente, celle où l'usucapion s'était accomplie au profit d'un absent, au préjudice d'un présent. Pour comprendre cette seconde application de la contre-publicienne, il faut se rappeler une lacune de la procédure romaine déjà signalée dans cet ouvrage au § 195 : nous y avons vu que le droit

(1) Ulpian., L. 1, § 1; L. 10 et L. 15, ff., *Ex quib. causis maj.* — Callistrat., L. 2, § 1; L. 9; L. 11, L. 14, *eod. tit.*
(2) C. C., 2251 et suiv.

civil ne donnait aucun moyen d'obtenir une action, ni par conséquent un jugement, contre celui dont on ne pouvait rencontrer la personne. En supposant donc qu'un individu, qui possédait la chose d'autrui (1), fût absent pour une cause quelconque (2), légitime ou illégitime, ou que même il se cachât pour se soustraire à l'action qu'il soupçonnait devoir être dirigée contre lui par le propriétaire, ce dernier n'aurait eu aucun moyen (3) d'empêcher l'usucapion de s'accomplir à son préjudice, au profit d'un possesseur contre lequel il n'était pas possible d'agir. Or, si l'usucapion paraît contraire à l'équité, lorsqu'elle s'est accomplie en l'absence et par le fait du propriétaire, à plus forte raison doit-elle paraître inique, alors que c'est par le fait même du défendeur que le propriétaire n'a pu revendiquer. En conséquence, et nonobstant l'usucapion (*rescissa usucapione*), le préteur admet l'ex-propriétaire à revendiquer, comme si la chose n'eût pas été usucapée (4).

---

(1) Par exemple, par ses esclaves.

(2) Les Institutes citent notamment le cas où le possesseur serait prisonnier chez l'ennemi : cet exemple est mal choisi ; car, dans ce cas, l'usucapion étant interrompue (Paul., L. 11, ff., *de Usucap.*), le secours de la contre-publicienne est inutile. — Il en était autrement cependant lorsque l'esclave du prisonnier de guerre possédait la chose d'autrui à titre de *pécule*. Labeo, L. 29, ff., *de Captiv.*

(3) *Voyez* cependant ce qui est dit, ci-après, de la *missio in possessionem*.

(4) Ulpian., L. 1, § 1 ; L. 21, pr., §§ 1 et 2 ; L. 23, pr., et

Le droit prétorien, qui donne ici le moyen de réparer le mal consommé, fournissait aussi un moyen de le prévenir à l'aide des envois en possession dont il a été parlé aux §§ 195-199. On peut même s'étonner qu'après avoir ainsi donné au propriétaire le moyen, sinon d'obtenir un jugement, tout au moins de rentrer en possession de la chose, le préteur l'ait encore admis à la revendiquer, nonobstant une usucapion qui devait cesser de paraître inique, du moment où le propriétaire avait un moyen quelconque de l'interrompre (1). Cette sorte de double emploi d'un

---

§ 4; L. 28, ff., *Ex quib. caus. maj.* — Paul., L. 22 et 24; Gaius, L. 25, ff., *eod. tit.*

(1) Il me semble, en effet, qu'un tel envoi en possession devait nécessairement interrompre l'usucapion commencée par l'absent, toutes les fois, au moins, que l'envoyé en possession parvenait à se saisir de la chose litigieuse. Dans ce cas, la détention physique venant se joindre à l'*animus domini*, si clairement manifesté par la tentative de revendication, le demandeur, envoyé en possession, se trouvait réunir les deux conditions constitutives de la possession juridique; et comme, d'un autre côté, il est impossible que deux personnes possèdent simultanément une même chose *in solidum* (Paul., L. 3, § 5, ff., *de Acq. possess.*), il en résulte que la possession juridique, acquise par le demandeur, détruisait la possession, et, par conséquent, interrompait l'usucapion de l'absent. — Cependant les commentateurs du droit romain ne paraissent pas admettre que, du temps des jurisconsultes classiques, il y eût aucun moyen d'interrompre l'usucapion contre le possesseur qui ne pouvait être traduit en justice; et ils expliquent ainsi la nécessité de la contre-publicienne. M. de Sa-

moyen *préventif* et d'un moyen *réparateur* est d'autant plus singulière que, précisément pour le cas de revendication, le demandeur pouvait ob-

---

vigny, notamment, professe que les *missi in possessionem* n'ont pas la possession juridique; mais les textes sur lesquels s'appuie le savant auteur du *Traité de la Possession* (L. 3, § 23; L. 10, § 1, ff., *de Acq. poss.* — L. 3, § 8, ff., *Uti possid.*) ne parlent que des envoyés en possession *rei servandæ causa*, lesquels n'ont point l'*animus domini*, mais seulement l'*animus custodiendi*. D'abord, quant aux *meubles*, M. de Savigny ne contesterait pas, je crois, mon opinion. Quant aux *immeubles*, on pourra, je le sais, objecter que la possession juridique n'en est perdue que du moment où le possesseur *a connu* qu'un autre s'était mis en possession (Papin., L. 46; Paul., L. 3, §§ 7 et 8; L. 71; Ulpian., L. 6, § 1, ff., *de Acq. poss.*). Mais M. de Savigny a lui-même démontré que c'est là une exception qui n'avait point été admise d'une manière absolue à toutes les époques (Argum. Ulpian., L. 6, § 1; Celsus, L. 18, §§ 3 et 4; Pompon., L. 25, § 2, *de Acq. poss.*), et qui, par conséquent, ne saurait fournir aucun argument sérieux contre l'effet que j'attribue à l'envoi en possession de la chose litigieuse.

Au surplus, alors même qu'on n'admettrait pas que l'envoi en possession du demandeur *interrompît* l'usucapion de l'absent, il faudrait, au moins, reconnaître que cet envoi en possession procurait au demandeur le grand avantage de jouer désormais dans le procès le rôle de défendeur (Ulp., L. 7, §§ 16, 17 et 18, ff., *Ex quib. caus. in poss.* — Afric., L. 15, ff., *de Oper. nov. nunciat.*; Scævola, L. 45, ff., *Damni infecti*.). On a vu plus haut un résultat pareil produit par le refus du demandeur de donner caution. (*Voy.* page 111.)

tenir, contre l'absent, l'envoi en possession spéciale de la chose litigieuse (1).

Quoi qu'il en soit, Justinien alla encore plus directement au but, et rendit inutile cette seconde application de la contre-publicienne, en donnant au propriétaire des moyens faciles d'interrompre l'usucapion contre l'absent, par une protestation faite devant le magistrat, l'évêque ou le défenseur de la cité, ou même, à leur défaut, dans un acte signé de trois témoins (2). — Pareillement, en France, la procédure fournit des

---

(1) Cette singularité peut s'expliquer de plusieurs manières. — D'abord, il pourrait très-bien se faire que le propriétaire eût le choix entre la *missio in possessionem* (voie préventive) et la contre-publicienne (voie rescisoire); car combien de fois n'arrive-t-il pas, en droit romain, que les parties aient le choix entre divers moyens de faire valoir leurs droits! En second lieu, il pourrait encore se faire que la contre-publicienne ne fût accordée qu'autant que le demandeur n'avait pu obtenir l'envoi en possession; ou que, cet envoi obtenu, il ne lui avait pas été possible de se saisir de la chose litigieuse: ici paraît devoir s'appliquer le passage d'Ulpien, dans la L. 23, § 4, ff., *Ex quib. caus. maj.*: «Deinde adjicit prætor: *secumve agendi potestatem* «*non faceret:* ut si, dum hoc faciat per usum acquisitio «impleta, vel quid ex supra scriptis contigit, restitutio «concedatur: merito; *nec enim sufficit semper in possessio-* «*nem bonorum ejus mitti:* quia ea interdum species esse «potest ut in bona latitantis mitti non potest, aut non lati- «tet: finge enim dum advocationes postulat, diem exisse; «vel dum alia mora judicii contigit.»

(2) Justinian., L. 2, C., *de Annal. except.*

moyens trop faciles d'obtenir jugement contre les non-présents, pour que nous puissions avoir rien d'analogue à la contre-publicienne dont on vient de parler (1).

III. Comme on le voit, dans l'une et l'autre application, la contre-publicienne n'est autre chose qu'une *restitution en entier,* dans laquelle le préteur se met en contradiction directe avec les principes du droit civil : aussi, conformément à un principe général dont il a été déjà fait mention (§ 261), et sur lequel nous reviendrons, en traitant la *dixième division* des actions, la contre-publicienne devait être demandée dans l'année du retour de l'absent ou de la cessation de l'obstacle qui avait empêché l'exercice de l'action en revendication (2).

**§ 284. — Actions réelles prétoriennes : — III. ACTION PAULIENNE.**

I. Il est question, aux Institutes (3), d'une action prétorienne qui appartient, comme la contre-

---

(1) Code de procéd., art. 69, n^os 8 et 9. — Quant aux absents proprement dits, *voy.* C. C., art. 112 et suiv.

(2) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *Ex quib. caus. maj.* — L'année dont il s'agit est une année *utile,* c'est-à-dire une année de jours dans chacun desquels on a pu agir (Alex., L. 3, C., *de Restit. milit.*). — Justinien y a substitué un délai continu de quatre ans (Justinian., L. 7, C., *de Temp. in integr.* — Cf. Justinian., L. 1, C., *de Annal. except.* — Constantin., L. 8, C., *de Dolo,* et L. 2, Cod. Theod., *de In integr. restit.*).

(3) § 6, Instit., *de Actionib.*

publicienne, à la classe des actions réelles rescisoires : elle est donnée aux créanciers pour revendiquer les choses que leur débiteur aurait aliénées en fraude de leurs droits. D'après le droit civil, l'intention perverse, qui a présidé à l'aliénation, n'empêche pas que la propriété ne soit très-valablement transférée (1). Mais le préteur vient au secours des créanciers, et les admet à revendiquer, contre tout détenteur, la chose aliénée frauduleusement par leur débiteur, non pas en prétendant qu'ils en sont eux-mêmes propriétaires, mais en soutenant que la chose appartient encore à leur débiteur. Cette action, du reste, ne peut être accordée *de plano* : les créanciers qui veulent y avoir recours doivent d'abord se *faire envoyer en possession* des biens du débiteur, puis obtenir du préteur la rescision de l'aliénation.

Telle est l'idée que Justinien nous donne de l'action paulienne : mais il est digne de remarque, que le texte des Institutes est le seul dans lequel cette action soit considérée comme réelle (*in rem*) (2). L'action paulienne, sur laquelle il

(1) Il n'y a qu'un seul cas où la disposition, faite en fraude des créanciers, soit nulle de *plein droit*, à savoir celui où un maître affranchit ses esclaves pour en soustraire la valeur à ses créanciers : cette nullité résultait d'une disposition expresse de la loi Ælia Sentia : § 1, Instit., *Qui et quib. ex causis manum.*

(2) Sur ce point, le doute ne peut être permis : le texte du § 6, la place assignée à la paulienne dans l'énumération des actions réelles prétoriennes, et la paraphrase de Théo-

existe tant de documents dans le Digeste, est toujours présentée comme une action personnelle (*in personam*), qui se donne seulement contre le débiteur, ses complices et leurs héritiers (1). En faut-il conclure que les Romains connaissaient deux actions pauliennes, l'une réelle, l'autre personnelle; ou bien que Justinien ou ses prédécesseurs auront transformé, pour certains cas, en action réelle, une action que les anciens jurisconsultes considéraient seulement comme personnelle? — Cette dernière conjecture me paraît la plus vraisemblable : les anciens jurisconsultes étaient peu disposés, et avec raison, à reconnaître aux actions soit *rescisoires*, soit *résolutoires*, le caractère d'actions *in rem* (2).

---

phile, se réunissent pour prouver, de la manière la plus évidente, que Justinien entend bien véritablement parler d'une action réelle.

(1) Ulpian., L. 10, §§ 19, 20 et 25, ff., *Quæ in fraud. credit.* — Alors même qu'ils ne possèdent plus : Paul., L. 9, *eod.*

(2) Le développement de cette proposition nous entraînerait trop loin. Qu'il suffise de rappeler que, chez les Romains, la *condictio indebiti* et l'action de *réméré* étaient de simples actions personnelles. Il en était vraisemblablement ainsi de la plupart des actions résolutoires avant le temps d'Ulpien. Il est remarquable, en effet, que presque tous les textes dans lesquels le Digeste considère comme réelles les actions nées de conditions résolutoires, sont de ce jurisconsulte; et qu'on trouve des traces du système contraire dans les fragments, peu nombreux, sur cette matière, que Justinien a empruntés aux jurisconsultes antérieurs;

La paulienne personnelle du Digeste est plus générale que la paulienne réelle des Institutes : celle-ci ne se réfère qu'aux *aliénations;* au moyen de l'autre, on peut faire révoquer non-seulement les aliénations, mais tous autres actes, tels que *obligations, libérations,* etc. (1). — Cette action n'est donnée, contre ceux qui ont traité avec le débiteur *à titre onéreux,* qu'autant qu'ils ont participé à la fraude; elle est donnée contre ceux qui ont traité *à titre gratuit,* alors même qu'ils auraient été de bonne foi; mais, dans ce cas, seulement jusqu'à concurrence de ce dont ils se sont enrichis (2).

Au reste, l'une et l'autre paulienne ne peuvent être intentées contre les acquéreurs que si la fraude du débiteur réunit la double condition de l'intention (*animus fraudandi*) et du préjudice réel (*eventus*). Il n'y a pas fraude, soit que le débiteur, se croyant plus riche qu'il n'était réellement, ait diminué, sans mauvaise intention, un patrimoine

---

voir notamment : Paul., L. 39, ff., *de Mort. caus. don.;* Paul., L. 12, *de Condict. caus. dot.;* Tryph., L. 76, ff., *de Jure dot.;* Julian., L. 19, et L. 37, § 1, ff., *de Mort. caus.* Au surplus, les LL. 29 et 30, ff., *de Mort. caus.,* montrent bien clairement que la doctrine d'Ulpien sur le caractère réel des actions résolutoires n'avait pas toujours été suivie.

(1) Ulpian., L. 1, § 2, et L. 3, ff., *Quæ in fraud. credit.*

(2) Ulpian., L. 6, § 11, et L. 10, § 2, ff., *Quæ in fraud. credit.* — Paul., L. 9; Venul., L. 25, ff., *eod. tit.* — Il y a une gradation analogue dans notre loi sur les faillites : C. Com., art. 446 et suiv.

déjà insuffisant pour satisfaire ses créanciers ; soit qu'à l'inverse, se trouvant plus riche qu'il ne le croyait, ses actes frauduleux lui aient laissé un actif suffisant pour acquitter toutes ses dettes (1). Il résulte de là que l'action paulienne ne peut jamais être exercée qu'après que les créanciers ont acquis, par la vente des biens restant au débiteur, la preuve que celui-ci n'est plus solvable (2). — Il ne faut pas oublier non plus que les Romains ne considéraient pas comme constituant un préjudice réel pour les créanciers, l'omission par le débiteur de faire une acquisition avantageuse : ainsi les créanciers n'étaient point admis à demander par action paulienne la rescision d'une répudiation par laquelle l'héritier aurait renoncé à une succession avantageuse (3).

Comme toutes les autres actions prétoriennes qui tendent à rescinder des actes valables d'après le droit civil, la paulienne n'est donnée que pendant une année utile, laquelle commence à courir

---

(1) Paul., L. 79, ff., *de Regul. jur.* — Ulpian., L. 6, § 14, et L. 10, § 4, ff., *Quæ in fraud. credit.*

(2) Antonin., L. 1, C., *de Revoc. his quæ in fraud.* — Diocl. et Max., L. 5, C., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 6, pr., et §§ seqq., ff., *de His quæ in fraud. credit.* — Notre Code civil n'a pas adopté cette manière de voir : il admet, au contraire, expressément les créanciers, soit à accepter, au nom de leur débiteur, la succession que celui-ci aurait répudiée (C. C., art. 788); soit à opposer les prescriptions auxquelles renoncerait leur débiteur (C. C., 2225). — Cf. art. 622 et 1053.

du jour où les créanciers ont vendu les biens de leur débiteur (1). L'année expirée, l'action n'est pas toutefois absolument éteinte; mais le défendeur n'est plus tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve plus riche (2).

II. Nous avons aussi, en droit français, une action révocatoire ou paulienne (C. C., art. 1167); mais notre Code s'est borné à poser le principe, sans lui donner aucun développement. Nos auteurs admettent généralement la plupart des distinctions suivant lesquelles s'exerçait la paulienne romaine, et notamment la distinction si raisonnable entre les acquéreurs à titre onéreux et ceux à titre gratuit. — Mais cette action est-elle réelle ou personnelle? Voilà sur quoi on n'est pas d'accord. Pour moi, je n'hésite point à dire que cette action doit être purement personnelle, et se donner seulement contre ceux qui ont traité avec le débiteur et contre leurs héritiers : à l'égard de ceux qui ont traité à titre onéreux, comme ils ne sont passibles de l'action qu'autant qu'ils ont participé à la fraude, l'action se justifie par le délit ou quasi-délit dont ils se sont rendus coupables; quant aux acquéreurs à titre gratuit, elle se justifie encore, abstraction faite de toute participation à la fraude, par cette considération qu'on leur enlève seulement un bénéfice sans leur causer aucune perte. Mais à l'égard des tiers qui ont acquis

(1) Ulpian., L. 6, § 14, ff., *Quæ in fraud. credit.*
(2) Ulpian., L. 10, § 24, ff., *Quæ in fraud. credit.*

de bonne foi, non du débiteur directement, mais de ceux qui tenaient de lui, je ne vois aucune raison pour faire retomber sur eux les conséquences d'une fraude à laquelle ils sont demeurés étrangers. La position des créanciers, tout intéressante qu'elle puisse être, me paraît cependant bien moins favorable que celle du tiers détenteur. A celui-ci, aucun reproche ne peut être adressé; aux créanciers, on peut dire: de deux choses l'une : si vous avez traité avec le débiteur depuis l'aliénation que vous arguez de fraude, vous n'avez pas dû compter, pour votre payement, sur un bien que vous saviez ne plus appartenir à votre débiteur; si, au contraire, vous avez traité avec lui avant qu'il eût aliéné, pourquoi n'avoir pas exigé une hypothèque? Entre des créanciers qui ont à se reprocher une imprudente confiance, et des tiers qui ont acquis de bonne foi et avec toute la prudence possible, le choix ne saurait être douteux. — Généralisant cette observation, je dirai qu'à mon avis la jurisprudence moderne s'est montrée trop disposée à attribuer aux actions rescisoires ou résolutoires le caractère d'actions réelles. Depuis que notre Code civil a si malheureusement aboli la nécessité de la transcription pour les aliénations à titre onéreux; depuis qu'il a admis des hypothèques occultes, l'acquisition des immeubles en France est assez hérissée de difficultés et de dangers de par le législateur, sans que la jurisprudence aille gratuitement y ajouter les chances incalculables d'éviction qui

résulteraient du caractère réel attribué aux actions résolutoires ou rescisoires: l'équité et le crédit foncier défendent également de faire retomber sur des tiers acquéreurs, prudents et de bonne foi, les conséquences des actions en rescision ou en résolution, toutes les fois que ces tiers se sont trouvés dans l'impossibilité de connaître les causes génératrices de ces actions.

§ 285. — Actions réelles prétoriennes : — IV. ACTION HYPOTHÉCAIRE OU QUASI-SERVIENNE.

L'action hypothécaire n'est que l'action servienne généralisée: l'ordre chronologique voudrait donc qu'on s'occupât d'abord de la servienne ; la logique et la nécessité de l'exposition veulent un ordre opposé. On va donc s'occuper de l'action hypothécaire.

I. Les Romains ne paraissent pas avoir seulement soupçonné l'existence du régime hypothécaire tel que le comprennent les modernes, c'est-à-dire, comme institution qui fonde, sur la *publicité* des actes translatifs de droits réels, le crédit foncier et la sécurité des transactions immobilières (1).

(1) Cette circonstance, entre beaucoup d'autres, est une preuve que les décemvirs, auteurs des XII Tables, ne connurent pas la législation grecque, ou que, du moins, ils ne crurent pas devoir l'imiter: il existait en effet, à Athènes, un système de publicité des hypothèques, très-naïf sans doute, mais qui montre que ce peuple intelligent avait très-bien compris l'importance de la publicité. Hesychius in ὅρος. — Pollux, *Onomast.*, III, c. 9, § 85.

L'hypothèque proprement dite n'appartient même pas au droit civil : c'est une création prétorienne.

On a déjà vu que, dans les premiers siècles de Rome, les créanciers n'avaient pas d'action directe sur les biens du débiteur, mais seulement sur sa personne (1). Cette circonstance avait dû naturellement influer sur la nature des garanties que les débiteurs donnaient à leurs créanciers. La garantie personnelle des répondants (2), d'une application si rare dans notre loi civile, apparaît à tous les pas dans la législation romaine; et on ne peut nier qu'un tel usage, qui appelait à chaque instant les citoyens à répondre les uns pour les autres, ne fût, en définitive, plus digne et plus moral que les garanties toutes matérielles que les modernes tirent presque exclusivement de la richesse foncière. Cependant les biens du débiteur pouvaient aussi être offerts par lui en garantie à ses créanciers; mais le droit civil n'avait, à cet égard, que des institutions fort imparfaites: il faut, en cette matière, distinguer trois époques.

1° *Fiducia.* — Dans les premiers siècles de Rome. le débiteur qui voulait donner une chose en ga-

---

(1) *Voyez* ce qui a été dit aux §§ 160 et 195. Cf. ce qui est dit de la *pignoris capio*, §§ 162 et 163.

(2) Il y en avait plusieurs espèces : les *sponsores*, les *fidepromissores* et les *fidejussores :* Gaius, *Comm.* III, §§ 118-129. Suivant son idée fondamentale de simplification, Justinien ramena ces trois variétés à un type unique.

rantie de sa dette, en transférait la propriété quiritaire (1) au créancier, sous la condition (*fiducia*) de remancipation si la dette était payée à l'échéance. Cet arrangement, connu sous le nom de *mancipation avec fiducie*, ressemble beaucoup à notre vente à réméré (2): il y a toutefois cette différence capitale, que, chez nous, le vendeur à réméré a une action réelle, devant laquelle tombent les aliénations de toute espèce consenties par l'acheteur; tandis que, à Rome, celui qui avait aliéné, sous clause de fiducie, n'avait pour recouvrer sa chose qu'une simple action personnelle, qui laissait intactes les aliénations qu'il pouvait plaire à l'acquéreur de consentir. On voit de suite combien cette combinaison était vicieuse, comme instrument de crédit. Elle donnait, il est vrai, une sécurité très-complète au créancier, qui, devenu propriétaire absolu du gage, en pouvait disposer à son gré; mais elle était ruineuse pour le débiteur. Non-seulement, en effet, le débiteur perdait, en cas de non-payement, un bien dont la valeur devait être le plus souvent fort supérieure à la dette; mais, alors même qu'il était en mesure de s'acquitter à

---

(1) Par mancipation ou *cessio in jure :* Isidor., *Orig.*, V, 25.

(2) On ne trouve presque pas de traces de la fiducie dans les Compilations de Justinien; mais on en trouve beaucoup dans les jurisconsultes classiques. *Voy.* notamment Gaius, *Comm.* II, §§ 59 et 60; — Paul., *Sentent. recept.*, II, 13, §§ 1 à 7. — Cf. Boet., *ad Cicer. Topic.*, 1.

l'échéance, il pouvait arriver que le créancier en eût disposé, et se trouvât insolvable (1).

2° *Pignus.* — Pour éviter de si graves inconvénients, le droit civil avait eu recours à une autre combinaison, dans laquelle le débiteur ne transférait à son créancier que la possession de la chose remise en garantie : c'est le gage proprement dit, *pignus.*— Pourvu qu'il paye la dette à son échéance, le débiteur n'est plus exposé à perdre la chose qu'il a affectée au payement; car, outre l'action personnelle (*actio pigneratitia*) qu'il a contre le créancier gagiste pour obtenir la restitution du gage, il peut encore agir par revendication contre tout détenteur. Si le débiteur ne paye point à l'échéance, le créancier vend le gage (2), se paye sur

---

(1) La vente à réméré est aussi fréquemment employée en France pour masquer des spéculations usuraires : toutes les fois que cela apparaît, nos tribunaux ne manquent pas d'annuler le contrat. Peut-être eût-il mieux valu prohiber entièrement une convention qui, alors même qu'elle est loyale, a presque toujours pour résultat de dépouiller, à un prix inférieur, le propriétaire imprudent qui paye ainsi la chance, si rarement réalisée, de recouvrer sa propriété.

(2) Primitivement le *pignus* ne conférait au créancier qu'un simple droit de *rétention ;* la faculté de vendre le gage devait être conférée au créancier par une convention spéciale (Gaius, *Comm.* II, § 64. — Javolen., L. 73, ff., *de Furtis*). Plus tard, on admit que cette convention devait être sous-entendue, comme résultant de la nature et du but du gage (Ulpian., L. 4, ff., *de Pign. act.* — Marcian., L. 12, § 10, ff., *Qui pot. in pign.*). — Dans le droit des Pandectes on pouvait convenir que, faute de payement à l'é-

le prix; et s'il y a un excédant, il en tient compte au débiteur (1).

Le gage valait donc mieux que la fiducie. Mais il n'était lui-même qu'une institution fort imparfaite. — D'une part, la sécurité du créancier dépendait de la possession du gage; et cette possession, qu'il est toujours si facile de perdre, n'était protégée par aucune action réelle, au moins jusqu'à l'époque où fut introduite l'action quasi-servienne (2). — D'autre part, la nécessité de livrer au créancier la possession du gage avait un double inconvénient: en premier lieu, elle épuisait, hors de toute mesure, le crédit du débiteur, puisqu'une même chose, quelle que fût sa valeur, ne pouvait jamais servir de gage qu'à un seul créancier; en second lieu, elle privait le débiteur de la possession d'objets qui pouvaient

---

chéance, le créancier resterait propriétaire du gage (*Vatic. Fragm.*, § 9.— Cicero, *ad Famil.*, XIII, 56); mais cette clause fut prohibée, comme trop dangereuse au débiteur, par une constitution de Constantin, dont le principe a passé dans notre Code civil (Constant., L. 3, C., *de Pact. pign.* — Code civil, art. 2078).

(1) § 4, Institut., *Quid mod. re;* — § 1, *Quib. alien. lic.* — Justinien assujettit la vente du gage à certaines formalités propres à assurer que la vente aurait lieu à un prix convenable: L. 3, C. *de Jur. dom. impetr.*

(2) Le créancier gagiste avait-il déjà, avant l'action servienne, les interdits possessoires pour se faire maintenir ou réintégrer en possession? Cela est très-vraisemblable. *Voy.* Savigny, § 24.

souvent lui être très-nécessaires : tels seraient, par exemple, les outils d'un artisan (1).

3° *Hypothèque.* — C'est à l'occasion de ce dernier inconvénient que le droit prétorien imagina l'hypothèque proprement dite. Le droit civil n'accordait au bailleur aucun privilége sur les effets du fermier ; et on n'aurait pu les affecter au payement des fermages qu'au moyen d'un gage qui aurait enlevé au fermier ses instruments de travail et d'exploitation. Le préteur Servius concilia ces exigences opposées, en décidant que, dans ce cas particulier, les parties pourraient, par une simple convention (*pacto*) et sans tradition, constituer un gage au profit du bailleur sur les effets du fermier. Ce gage purement conventionnel fut même rendu plus efficace que ne l'était auparavant le gage réel ; car le préteur créa une action *in rem* au moyen de laquelle le bailleur peut revendiquer contre tout détenteur les objets affectés à la créance (*actio serviana*). — Cette innovation, introduite d'abord pour un cas tout spécial, fut ensuite généralisée ; et il fut admis que tout créancier pouvait, par une simple convention, et sans qu'il fût besoin d'aucune tradition, obtenir sur les biens de son débiteur un

---

(1) Ce second inconvénient n'était pourtant pas sans remède ; car le créancier aurait pu laisser la chose engagée, au débiteur, à titre de louage ou de *précaire :* Modestin., L. 23, *de Pign.*— Paul., L. 37, *de Pign.* — Marcian., L. 37, *de Acq. poss.*

droit de suite et de préférence. Telle est l'origine de l'hypothèque (*actio quasi-serviana, hypothecaria*) (1).

On a beaucoup vanté l'invention du préteur Servius et l'extension qu'elle reçut (2); pour moi, je ne puis m'empêcher de dire que l'on fonda ainsi le plus détestable système hypothécaire qui se puisse imaginer. Toutes les hypothèques étant occultes, il n'y avait ni sécurité pour les créanciers (3), ni par conséquent véritable crédit pour les propriétaires. Quoiqu'il parût difficile de rendre un tel système plus mauvais qu'il ne l'était déjà par lui-même, on y arriva cependant en y jetant par la suite le chaos des hypothèques privilégiées. Mieux valait encore le *pignus:* si le débiteur ne retirait pas de sa propriété tout le crédit possible, au moins ne pouvait-il tromper personne.

Au reste, le gage (*avec possession*) et l'hypothè-

(1) Quelques-uns ont attribué au célèbre jurisconsulte Servius Sulpicius la création de l'action servienne; mais il paraît que l'hypothèque par convention était déjà connue dès le temps de la république; puisqu'il en est fait mention dans Cicéron, *Ad famil.*, XIII, 56 : il faut, toutefois, remarquer que, dans ce passage, il est question non de l'Italie, mais d'une province grecque.

(2) M. Ortolan, *Expl. hist.*, pag. 118 : «... *elle fournit un moyen bien commode de crédit...* » : il faudrait dire un moyen bien commode de faire des dupes.

(3) Ni pour les *acquéreurs :* le droit romain ne contient rien d'analogue à ce que nous appelons la *purge des hypothèques.*

que (*par simple convention*) ne diffèrent que par le nom et par la manière dont ils se constituent; mais leurs effets sont presque en tout les mêmes : aussi, dans les fragments du Digeste, se sert-on à peu près indifféremment des mots *pignus* et *hypotheca* (1).

Alors même que les parties avaient eu l'intention de constituer un gage proprement dit, le défaut de tradition n'était point un obstacle à ce que le créancier acquit le droit hypothécaire par la seule convention : la possession étant considérée comme le complément et non comme la condition du droit de gage. Aussi la préférence entre créanciers gagistes et hypothécaires se règle-t-elle par

---

(1) § 7, Instit., *de Actionib.* : «... inter pignus autem et «hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam atti-«net, nihil interest ; nam de qua re inter creditorem et «debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utra-«que hac appellatione continetur : *Sed in aliis differentia «est.* Nam *pignoris* appellatione eam proprie rem contineri «dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si «mobilis sit. At eam quæ, sine traditione, nuda conven-«tione tenetur, proprie *hypothecæ* appellatione contineri «dicimus.» — Je ne vois guère d'autre différence que celle-ci : dans le *pignus* proprement dit, le créancier, ayant le droit de posséder la chose, peut agir par action hypothécaire avant l'échéance de la dette ; tandis que, dans l'hypothèque proprement dite, le créancier ne peut agir par action hypothécaire qu'après que la dette est échue : Julian., L. 28, ff., *de Pign. act.* — Marcian., L. 5, § 1, ff., *Quib. mod. pign.*

l'antériorité de date de la convention, abstraction faite de la tradition (1).

II. On a seulement parlé jusqu'ici de l'hypothèque *conventionnelle :* le droit hypothécaire pouvait encore résulter soit d'un ordre du magistrat, soit d'une disposition de la loi (2).

Le droit de gage pouvait résulter d'un ordre du magistrat de deux manières différentes : —1° Par la *missio in possessionem* ou *in bona* dont il est si souvent fait mention dans cet ouvrage : c'est ce que les Romains appellent le gage prétorien (*prætorium pignus*). Ce gage n'existe que du moment de la prise de possession effective, et non de celui du décret du magistrat. Il n'est pas certain qu'avant Justinien le gage prétorien fût garanti par une action *réelle* (3) ; — 2° Par la *pignoris capio,* ou saisie de certaines choses par l'ordre du magistrat, tantôt comme moyen de contrainte contre les contumaces, tantôt, en vertu d'une constitution d'Antonin le Pieux, comme moyen d'exécution contre le débiteur qui, ayant avoué la

(1) Marcian., L. 12, § ult., ff., *Qui potior.* : « Nam et in « pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet pos- « teriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. » — Cf. Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Pign. act.*

(2) L'hypothèque pouvait aussi être accordée par *testament* aux créanciers et légataires : Ulpian., L. 26, ff., *de Pign. act.*

(3) Ulpian., L. 26, pr., et § 1, ff., *de Pign. act.* — Papinian., L. 12, ff., *Pro empt.* — Justinian., L. 2, C., *de Præt. pign.* — Cf. Cicer., *pro Quinct.*, 27.

dette ou ayant été condamné, ne paye pas dans le délai fixé : c'est ce que l'on appelle *pignus ex causa judicati captum*, qui correspond à notre hypothèque judiciaire. Dans ce cas, comme dans le précédent, le droit de gage n'existe que du jour de l'exécution réelle, et non de celui de la sentence (1).

L'hypothèque légale, ou tacite, était tantôt générale, tantôt spéciale.

Il y avait hypothèque générale au profit : 1° du fisc, sur les biens des contribuables, à raison des impôts (2) et sur ceux des administrateurs, à raison de leur gestion (3) ; — 2° des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans (4), et des fous, sur

(1) Cicero, *Philip.*, I, 5 ; *de Orat.*, III, 1. — Tit. Liv., III, 38. — Tacit., *Annal.*, XIII, 28. — § 3, Instit., *de Satisd. tut.* — Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Inspic. ventr.* — Paul., L. 9, § ult., ff., *Ad leg. Jul. pecul.* — Callistrat., L. 31, ff., *de Re judic.* — Ulpian., L. 26, § 1, ff., *de Pign. act.* — Au surplus, il ne faut pas confondre cette *pignoris capio* avec l'action de la loi du même nom (§ 162).

(2) Anton. Caracal., L. 1, *In quib. caus. pign. tacit.* — Idem, L. 1, C., *Si propt. publ. pensit.* — Idem, L. 2 et 3, C., *de Privil. fisc.*

(3) Hermogen., L. 46, § 3, ff., *de Jure fisci.* — Cf. Modest., L. 17 ; et Papin., L. 37, ff., *eod.* — On peut ranger dans cette classe le privilége contre le Primipile, avec cette circonstance particulière, que, dans ce cas, l'hypothèque du fisc porte subsidiairement sur les biens de ceux qui l'ont nommé, et sur la dot de sa femme : Carus, Carinus et Numerian., L. 4, C., *In quib. caus. pign. tacit.*

(4) Constant., L. 20, C., *de Adm. tut.* — La première trace

les biens de leurs tuteurs et curateurs (1) ; — 3° des enfants sur les biens de leur père ou de leur mère, dans divers cas qu'il serait trop long d'énumérer (2) ; — 4° du mari sur les biens de ceux qui sont obligés à fournir la dot (3) ; — 5° de la femme pour la restitution de sa dot sur les biens de son mari, et, en certains cas, sur ceux de son beau-père (4) ; — 6° des églises et des établissements de bienfaisance sur les biens de l'emphytéote, pour assurer la conservation du fonds emphytéotique.

Une hypothèque tacite spéciale était accordée : — 1° au bailleur de fonds ruraux (*prædium rusticum*), mais seulement sur les fruits de la récolte (5) ; — 2° au locateur de maisons (*prædium urbanum*) pour les obligations résultant du bail, sur toutes les

---

de cette hypothèque légale se rencontre sous Constantin : cependant, quelques auteurs la font remonter au temps de Marc-Aurèle.

(1) Justinian., L. 7, §§ 5 et 6, C., *de Curat. furios.*

(2) Valent., Theod. et Honor., L. 2, C., *Quando mul. tut.* — Leo et Anthem., L. 6, § 2, C., *de Secund. nupt.* — Justinian., L. 8, §§ 4 et 5, C., *eod.* — Novel. 98.

(3) Justinian., L. unic., § 1, C., *de Rei uxor. act.*

(4) Justinian., L. 30, C., *de Jure dot.* — Idem, L. unic., § 1, C., *de Rei uxor. act.* — Novel. 109. — Cf. Justinian., L. 11, C., *de Pact. convent.*

(5) Pomponius, L. 7, ff., *In quib. caus. pign. tacit.* — Paul., L. 24, § 1 ; et Papinian., L. 53, ff., *Locati.* — Mais le locateur n'a pas d'hypothèque légale sur les effets du fermier : *voy.* ci-dessus, pag. 173.

choses qui garnissent l'objet loué (1) ; — 3° à celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison, sur cette maison et le sol qui la supporte (2); — 4° au pupille sur la chose achetée de ses deniers et en son nom par une autre personne (3); — 5° à la femme sur la chose dotale dont le mari a la propriété, ainsi que sur les choses achetées avec les deniers dotaux (4); — 6° au légataire sur les biens que l'héritier a reçus du défunt; mais seulement jusqu'à concurrence de la part pour laquelle cet héritier est tenu d'acquitter le legs (5). — Ces deux dernières hypothèques ont été imaginées par Justinien.

III. Le droit romain, beaucoup plus large en ce point que le Code civil, permet d'hypothéquer à peu près tout ce qui est dans le commerce. Ainsi peuvent être hypothéquées, non-seulement les choses corporelles, immobilières ou *mobilières* (6), mais encore plusieurs choses incorporelles, et no-

(1) Paul., L. 4, pr., ff., *de Pact.* — Marcian., L. 5, pr., et Ulpian., L. 6, ff., *In quib. caus. pign. tacit.* — Ulpian., L. 11, § 5, ff., *de Pign. act.* — C'est à peu près le privilége de l'article 2102, 1°.

(2) Papinian., L. 1, ff., *In quib. caus. pign. tacit.* —

(3) Ulpian., L. 7, pr., ff., *Qui pot. in pign.* — Ulpian., L. 3, ff., *de Reb. eor. qui sub tut.*

(4) Justinian., L. 30, C., *de Jure dot.*

(5) Justinian., L. 1, C., *Comm. legat.*—Notre Code civil est beaucoup plus favorable aux légataires; car il leur accorde l'action hypothécaire *pour le tout* contre chaque héritier (art. 1017) : le système de Justinien semble préférable.

(6) *Secus* dans notre Code civil, art. 2119.

tamment les créances (*nomina*) (1), l'usufruit, et sans doute aussi les autres servitudes personnelles (2), les servitudes *réelles* rurales (3), les offices aliénables et transmissibles héréditairement (4), l'emphytéose, la superficie et l'hypothèque elle-même (5).

Ne pouvaient être hypothéquées les choses litigieuses (6), celles constituées en dot ou comprises

---

(1) Ulpian., L. 20, ff., *de Pignorib.* — Ulpian., L. 15, §§ 8 et 9, ff., *de Re judic.*

(2) Marcian., L. 11, § 2, ff., *de Pignorib.* — *Voy.* C. C., art. 2119.

(3) Mais non les servitudes *urbaines :* Marcian., L. 11, § 3; et Paul., L. 12, ff., *de Pignorib.* — Il s'agit bien moins ici d'une hypothèque proprement dite que d'une constitution de servitude dont le créancier, propriétaire d'un fonds voisin, aura le droit de jouir jusqu'à ce que la dette soit payée, et qu'il pourra vendre à quelque autre voisin, en cas de non-payement. — Notre Code n'admet pas qu'on puisse hypothéquer les servitudes réelles.

(4) Justinian., L. 27, C., *de Pignorib.* — Novel. 53, c. 5.— Chez nous, les offices d'avoués, notaires, courtiers, etc., ne peuvent être hypothéqués; mais on admet à leur égard le privilége de vendeur.

(5) Paul., L. 16, § 2, ff., *de Pign. act.* — Marcian., L. 13, § 3; et Scævola, L. 31, ff., *de Pignorib.* — Papinian., L. 40, § 2, ff., *de Pign. act.* — Mais c'est bien moins le droit d'*emphytéose*, de *superficie* ou de gage, que la chose corporelle elle-même qui est donnée en gage : cela revient à dire que l'emphytéote, le superficiaire et le créancier gagiste, peuvent hypothéquer la chose corporelle affectée de l'un de ces divers droits.

(6) Marcian., L. 1, § 2, ff., *Quæ res pign.*

dans une donation *propter nuptias* (1), les biens des fils de famille administrés par le père de famille (2), les prix espérés par les athlètes (3).

IV. Quant au rang des hypothèques, il se déterminait, en règle générale, par l'antériorité de date : *prior tempore, potior jure.* — Mais cette règle admettait de nombreuses exceptions. Les hypothèques *privilégiées* prennent rang indépendamment de leur date; elles priment les hypothèques ordinaires. Sont privilégiées les hypothèques accordées : — 1° à ceux qui ont prêté l'argent pour acquérir, reconstruire ou conserver en son premier état la chose hypothéquée (4); — 2° au fisc, pour les impôts arriérés, pour les créances contre le Primipile, et, en général, pour toutes ses créances contractuelles, mais, dans ce dernier cas seulement, sur les biens acquis depuis le contrat (5); — 3° à la femme mariée, pour ses créances dotales, d'après une constitution de Justinien (6).

On n'est pas d'accord sur le rang respectif que

---

(1) Gaius, L. 4, ff., *de Fund. dotal.* — Justinian., L. unic., § 15, C., *de Rei uxor. act.* — Cf. Ulpian., L. 10, § 6, ff., *de Jure dot.*, et African., L. 11, ff., *de Fund. dotal.*

(2) Arcad. et Honor., L. 2, C., *de Bon. matr.* — Leo et Anthem., L. 4. — Justinian., L. 6, § 2, C., *de Bon. quæ liber.*

(3) Alexand., L. 5, C., *Quæ res pign.*

(4) Papinian., L. 3, § 1; Ulpian., L. 5, L. 6, et L. 7, *Qui potior.*

(5) Antonin., L. 1, C., *Si propt. publ. pensit.* — Diocl. et Maxim., L. 3, C., *de Primipil.* — Ulpian., L. 28, ff., *de Jure fisci.*

(6) Justian., L. ult, § 1, C., *Qui potior.*

doivent obtenir entre elles les diverses hypothèques privilégiées.

V. Le droit du créancier gagiste ou hypothécaire consiste principalement dans la faculté de vendre le gage pour se payer sur le prix. Ce droit de vendre est de l'essence de l'hypothèque; les conventions particulières peuvent le restreindre, mais non le supprimer entièrement (1). Le créancier ne peut être forcé à vendre, alors même qu'il se présenterait une occasion avantageuse ; il peut, si bon lui semble, se borner à retenir le gage jusqu'à parfait payement (2). Au reste, qu'il veuille vendre, ou se contenter de la possession, le créancier peut demander contre tout détenteur la possession du gage, à savoir : même avant l'échéance de la dette s'il s'agit d'un gage proprement dit, et seulement après l'échéance quand il s'agit d'une hypothèque (3).

La vente du gage s'opère de gré à gré (4). Toute-

(1) Ulpian., L. 4, et Pompon., L. 5, ff., *de Pign. act.* — Sever. et Anton., L. 1; Gordian., L. 2, C., *Deb. vend. pign.*

(2) Pompon., L. 15, pr., ff., *de Pign. act.* — Ulpian., L. 15, § 5, ff., *de Re judic.* — Pompon., L. 8, pr., *de Pign. act.*

(3) Marcian., L. 13, § 3, ff., *de Pignorib. et hyp.* — D'après un rescrit de Gordien, le créancier peut même retenir le gage à raison de créances autres que celles pour lesquelles le gage a été constitué : L. unic., C., *Etiam ob chirogr.* — *Voyez* notre Code civil, art. 2082.

(4) Sauf le cas où il s'agit de gages saisis sur le débiteur par ordre du magistrat (*pignoris capio*) : la vente doit alors être faite par l'autorité du magistrat et deux mois après la saisie : Callistrat., L. 31, ff., *de Re judic.* — Antonin., L. 1,

fois, dans le droit des Pandectes, le créancier devait, par trois fois, dénoncer au débiteur son intention de vendre dans le cas où la chose ne serait pas dégagée (1). — Justinien n'exige plus qu'une seule dénonciation; mais la vente ne peut avoir lieu que deux ans après (2). La triple dénonciation n'est plus conservée que pour le cas où la constitution de gage contiendrait la clause de ne pas aliéner (3). A l'inverse, si la constitution de gage confie expressément au créancier le droit d'aliéner, la vente peut avoir lieu aussitôt après l'échéance sans dénonciation (4).

Le créancier doit agir comme mandataire et de bonne foi; il doit prendre, autant que possible, l'intérêt du débiteur (5); il ne peut acheter ni par lui-même ni par personne interposée (6).

Si la vente produit un prix supérieur à la dette, le créancier tient compte de la différence, soit au débiteur, soit au créancier hypothécaire suivant (7).

---

et Alexand., L. 2, C., *Si in caus. judic. pign.* — *Voy.* notre Code civil, art. 2078.

(1) Paul., *Sent. recept.*, II, 5, § 1.

(2) Justinian., L. 3, § 1, C., *de Jure dom. impetr.*

(3) Justinian., L. 3, § 1, C., *de Jure domin. impetr.* — Ulpian., L. 4, ff., *de Pign. act.*

(4) § 1, Instit., *Quib. alien.*

(5) Alexand., L. 4; Diocl. et Maxim., L. 9, C., *de Distract. pign.*

(6) Paul., *Sent. recept.*, II, 13, § 4. — Cf. Papinian., L. 40, ff., *de Pign. act.*

(7) Paul., L. 7; Ulpian., L. 24, § 2, ff., *de Pign. act.*

La vente régulièrement consentie par le créancier transmet à l'acheteur les mêmes droits que si elle eût été consentie par le débiteur lui-même (1): celui-ci ne pourrait donc retirer la chose des mains de l'acheteur en offrant le payement de la dette (2).

Le créancier qui vend le gage est tenu de la garantie envers l'acquéreur; sauf son propre recours contre celui qui a constitué le gage (3).

S'il ne se présentait pas d'acheteur solvable (*idoneus*), le créancier pouvait se faire adjuger le gage au moyen d'une vente publique (*proscriptio publica*); et, dans ce cas, le débiteur avait un an pour exercer le retrait (4). — Sous Justinien, cette vente publique n'existe plus; et le créancier peut, après nouvelle sommation de payer faite au débiteur, et non suivie d'effet, se faire adjuger par le prince la propriété du gage; mais, dans ce cas, le débiteur conserve pendant deux ans son droit de retrait (5).

---

(1) Ulpian., L. 46, ff., *de Acq. rer. domin.*

(2) Diocl. et Max., L. 2, C., *Si antiq. cred.* — Cf. Ulpian., L. 13, ff., *de Pign. act.* — Marcian., L. 7, pr., et § 1, ff., *de Distr. pign.*

(3) Ulpian., L. 22, § 4, ff., *de Pign. act.*

(4) Justinian., L. 3, C., *de Jure domin. impetr.*

(5) Justinian., L. 3, §§ 2 et 6, C., *de Jure domin. impetr.* — Quand il s'agit d'une chose saisie, sur le débiteur, par ordre du magistrat (*pignoris capio*), le créancier peut, à défaut d'acheteur, se faire adjuger le gage par le magistrat ou obtenir du prince que la propriété lui en soit adjugée

Indépendamment des droits qu'on vient de signaler, le créancier hypothécaire peut aussi prendre la place et les droits de tout créancier qui le prime, en lui offrant somme suffisante pour le désintéresser (*jus offerendæ pecuniæ — jus succedendi*). Il a le même droit contre le tiers acquéreur qui a pu acheter du débiteur, quand celui-ci a vendu sans le concours du créancier antérieur, et alors même que le prix aurait servi à payer ce créancier (1).

VI. Le créancier hypothécaire a des moyens complets et énergiques pour obtenir la possession du gage, la conserver, et au besoin la recouvrer.

S'il possède, il peut se faire maintenir en possession au moyen des interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI (2). — S'il est attaqué par un créancier postérieur, il peut repousser l'action hypothécaire par l'exception : *Si non ante mihi res pignoris hypothecæve nomine sit obligata* (3).

---

pour le montant de sa créance : Alexand., L. 2, C., *Si in caus. judic.* — Sever. et Anton., L. 1, et L. 3, C., *de Execut. rei judic.*

(1) Diocl. et Maxim., L. 10, C., *Qui pot. in pign.* — Paul., L. 16; Marcian., L. 12, § 4, ff., *Qui pot. in pign.* — Alex., L. 1, C., *Si antiquior.* — Papinian., L. 2, et L. 5, § 1, ff., *de Distract. pign.* — Diocl. et Max., L. 22, C., *de Pignorib.*

(2) Javolen., L. 16, ff., *de Usurp.* — Mais celui qui n'a qu'un simple gage prétorien (*voy.* ce §, n° III), n'a pas la possession *ad interdicta* : Paul., L. 3, § 23; Ulpian., L. 10, § 1, ff., *de Acq. poss.* — *Voy.* toutefois, pag. 158, note 1.

(3) Marcian., L. 12, pr., ff., *Qui pot. in pign.*

S'il a perdu la possession par violence, il a l'interdit UNDE VI (1).

Enfin, soit qu'il n'ait jamais eu la possession, soit qu'il l'ait perdue, il peut l'obtenir ou la recouvrer en agissant, au pétitoire, contre tout détenteur par l'action quasi-servienne.

La formule de l'action hypothécaire ne nous a pas été conservée; mais il est aisé de conjecturer qu'elle devait être conçue ainsi : JUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM FUISSE A. AGERII, QUUM L. TITIO PIGNORIS HYPOTHECÆVE NOMINE OBLIGARETUR; NISI FUNDUS ARBITRIO TUO RESTITUATUR, QUANTI EA RES ERIT, N. NEGIDIUM L. TITIO CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE. — Le demandeur avait donc à prouver deux choses : d'abord, que le gage appartenait au débiteur, ou au constituant, au moment où l'hypothèque avait été consentie ou s'était établie par le fait de la loi ; en second lieu, le fait même de la constitution de l'hypothèque: ainsi l'action hypothécaire n'était qu'une revendication de propriété exercée au nom du débiteur ou du constituant, mais subordonnée à la preuve de l'hypothèque (2).

L'action hypothécaire contre le débiteur fut im-

---

(1) *Voy.* la note 2 de la page précédente.

(2) Marcian., L. 12, § 1, dit positivement *vindicet.* — Cf. d. L. 12, § 7. — Marcian., L. 23, ff., *de Probat.* — Papinian., L. 3, pr. ; Gaius, L. 15, § 1 ; Marcian., L. 16, §§ 3, 4 et 5, ff., *de Pignorib.* — Papinian., L. 66, ff., *de Evictionib.*

prescriptible jusqu'à Justinien, qui le premier la soumit à la prescription de quarante ans (1). A l'égard du tiers détenteur, elle dure trente ans, à moins que la *præscriptio longi temporis* ne vienne auparavant fournir au possesseur un moyen de défense (2).

VII. Après avoir ainsi esquissé les règles principales de l'hypothèque romaine, il faut examiner comment ce droit fonctionnait dans la pratique, et le comparer, sous ce point de vue, au droit correspondant dans notre Code civil.

Quand on s'attache seulement au fond des choses, l'hypothèque présente les mêmes caractères généraux dans les deux législations. Dans l'une et dans l'autre, l'hypothèque est également un droit indivisible, opposable à tous, savoir : aux tiers détenteurs, à l'égard desquels elle est un *droit de suite;* et aux co-créanciers, à l'égard desquels elle est un *droit de préférence.* Mais les formes sous lesquelles le droit hypothécaire se produit dans la pratique sont essentiellement différentes : le droit de suite et le droit de préférence, si nettement distincts dans notre Code, paraissent se confondre chez les Romains en un droit unique, qui tend toujours à la rétention ou à l'acquisition de la possession de la chose hypothéquée. Pour passer du connu à l'inconnu, rappelons d'abord, en peu de mots, le système de notre Code civil.

(1) Honor. et Theod., L. 3, C., *de Præsc. trigint.* — Justinian., L. 7, § 1, *eod.*

(2) Honor. et Theod., L. 3, C., *de Præsc. trigint.*

Comme droit de *suite*, l'hypothèque française est, en dernière analyse, le droit de provoquer contre tout détenteur la vente de l'immeuble hypothéqué. Le créancier ne demande pas à être mis en possession de l'immeuble (car, dans notre Code, l'hypothèque ne confère pas au créancier le droit de posséder); il fait sommation au tiers détenteur *de payer intégralement* ou de *délaisser*. — Si le tiers détenteur *paye intégralement*, tout est dit: les hypothèques se trouvent éteintes par suite de l'extinction des obligations qu'elles garantissaient. — Si le tiers détenteur *délaisse*, le créancier fait nommer à l'immeuble un curateur, contre lequel il en poursuit la vente judiciaire. — Entre ces deux partis extrêmes (payer intégralement ou délaisser), la loi ouvre au tiers détenteur un parti moyen (1): il peut offrir aux créanciers hypothécaires de les payer, mais seulement jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition, et à la condition que toutes les hypothèques, payées ou non payées, seront éteintes : c'est la *purge*. Les créanciers qui penseraient que la somme offerte ne représente pas la valeur réelle de l'immeuble peuvent repousser l'offre; mais, pour cela, il faut que, dans les quarante jours, ils offrent, avec caution, de faire porter le prix de l'immeuble, à

(1) Il a aussi le bénéfice de discussion lorsqu'il est poursuivi en vertu d'une hypothèque générale, et que le débiteur conserve en sa possession d'autres immeubles hypothéqués à la même dette (C. C., 2170 et 2171).

l'aide d'une vente publique aux enchères, à un dixième en sus du prix offert par le tiers détenteur : c'est la *surenchère*. Si les créanciers surenchérissent, le titre en vertu duquel possédait le tiers détenteur se trouve résolu, et l'immeuble est vendu aux enchères. Si les créanciers ne surenchérissent pas, l'immeuble est définitivement acquis au tiers détenteur pour le prix porté en son offre : et, moyennant le payement de ce prix aux créanciers inscrits en ordre utile, l'immeuble est purgé de toutes les hypothèques, payées ou non payées. — Ainsi, en résumé, et à travers différents ménagements en faveur du tiers détenteur, l'action hypothécaire arrive à *convertir en numéraire* le gage des créanciers, soit au moyen de la vente judiciaire, soit en acceptant tacitement, à défaut de surenchère, le prix convenu à l'amiable entre le débiteur et le tiers acquéreur.

Ce n'est que lorsque les choses sont amenées à cet état que l'hypothèque commence à pouvoir se produire comme droit de *préférence*. A cet effet, il s'ouvre devant le magistrat une procédure dont le but est de régler l'*ordre* respectif des créanciers, et les droits de chacun. Une fois ce règlement arrêté contradictoirement avec tous les intéressés, le magistrat n'a plus qu'à délivrer aux créanciers, venant en ordre utile, des mandats à l'aide desquels ils se font payer, soit par l'adjudicataire ou par le tiers détenteur, soit par la caisse publique, dans laquelle la somme d'argent représentant l'immeuble peut se trouver déposée.

Rien de pareil en droit romain. Le droit du créancier hypothécaire se présente toujours, soit à l'égard des tiers acquéreurs, soit à l'égard des co-créanciers, sous une forme unique; c'est-à-dire, comme droit d'obtenir la possession du gage, et de le vendre pour se payer sur le prix; aussi ne s'établit-il pas de véritable concours entre les créanciers, ainsi qu'on va en juger. Il faut distinguer deux hypothèses.

I^re. *hypothèse. — Si le créancier est en possession du gage,* alors de deux choses l'une :

A. — *Est-il le premier en hypothèque*, rien de mieux garanti que son droit; il est maître presque absolu de la position. — 1° Il a des moyens aussi variés qu'énergiques de conserver sa possession, et de la recouvrer s'il venait à la perdre. — 2° Il peut, à son gré, vendre la chose hypothéquée, ou en retenir la possession jusqu'à parfait payement. Les créanciers postérieurs ne peuvent le contraindre à vendre s'il préfère garder, ni l'empêcher de vendre, si tel est son bon plaisir : leur droit se borne à prendre sa place, en le désintéressant complétement (*jus offerendæ pecuniæ — jus succedendi*). — 3° Enfin, s'il lui plaît de vendre le gage pour se payer, il peut le faire, sans être tenu d'appeler à cette vente les autres créanciers; et, pourvu qu'il agisse de bonne foi, nul n'est admis à critiquer l'aliénation.

B. — Si, au contraire, le créancier, possesseur du gage, se trouve *primé par des hypothèques antérieures* ou *privilégiées,* rien de plus précaire que sa po-

sition. — 1° Il peut, d'un instant à l'autre, être évincé par l'action hypothécaire des créanciers qui le priment, et il n'a d'autre ressource contre eux que de les désintéresser complétement (*jus offerendæ pecuniæ*). — 2° Si, par un motif ou par un autre, les créanciers antérieurs ne se montrent pas, il peut sans doute vendre le gage; mais cette vente, qui n'éteint en aucune façon les hypothèques antérieures, l'expose aux conséquences désastreuses de l'action en éviction que l'acquéreur évincé ne manquera pas d'intenter contre lui.

II[e] *hypothèse. — Si le créancier n'est pas en possession,* il faut qu'il agisse par action hypothécaire pour se faire mettre en possession, et alors plusieurs cas peuvent se présenter : — 1° Si la chose est possédée, soit par un créancier hypothécaire postérieur, soit par le débiteur, soit par le propriétaire non débiteur qui a consenti à hypothéquer sa propriété pour la dette d'autrui, l'action hypothécaire sera efficace; et, à moins que le détenteur ne désintéresse le demandeur, celui-ci obtiendra la possession du gage et se trouvera ainsi dans la position décrite dans la première hypothèse. — 2° Si la chose est possédée par un créancier hypothécaire antérieur, l'action hypothécaire demeurera stérile devant l'exception: *Si non mihi ante,* etc. Aussi, quand le possesseur est notoirement créancier antérieur, serait-il ridicule d'exercer contre lui l'action hypothécaire. La seule ressource qui reste alors au créancier postérieur,

c'est de désintéresser le créancier antérieur, afin de prendre sa place.

En recherchant les effets inséparables d'un tel système, on trouve qu'il est également désastreux pour les tiers acquéreurs les créanciers, et les débiteurs eux-mêmes.

Quant au tiers acquéreur, a-t-il acquis du débiteur, il peut-être évincé pendant 30 ans par tout créancier hypothécaire. A-t-il acquis d'un créancier hypothécaire, si ce créancier n'est pas le premier, même danger d'éviction de la part du créancier hypothécaire antérieur. — Dans l'un et l'autre cas, le tiers détenteur n'a aucun moyen terme analogue à notre *purge;* il faut qu'il paye intégralement ou qu'il délaisse. — Il n'a non plus aucun moyen analogue à notre *purge légale*, pour faire apparaître les hypothèques inconnues. — Ainsi, il achète au hasard, il paye en aveugle, toujours exposé à des évictions dont aucune prudence humaine ne saurait le garantir.

Les créanciers ne sont guère mieux traités, sauf le premier, auquel on a fait la part du lion. — Le créancier n'a aucun moyen de connaître les hypothèques déjà existantes au moment où il acquiert lui-même hypothèque: ainsi, il prête son argent au hasard; il exerce son action hypothécaire au hasard; au hasard encore, il vend le gage, au risque de l'action en éviction qui, pendant si longtemps, peut retomber sur lui. — Connaît-il enfin l'existence des hypothèques qui le priment,

il est à peu près sans action pour tirer parti du gage commun; puisqu'il ne peut ni forcer le créancier antérieur à vendre, ni surveiller la vente, s'il plaît à celui-ci de la faire. — Sa seule ressource est de désintéresser le créancier antérieur pour se mettre en sa place; mais, d'une part, cette avance peut excéder ses moyens; et, d'autre part, elle peut n'être qu'une perte nouvelle ajoutée à celle de sa créance primitive: en effet, après qu'il aura ainsi acheté chèrement le droit du créancier qui le primait, la survenance d'un créancier hypothécaire plus ancien encore, et qu'il ne connaissait pas, peut, d'un instant à l'autre, le priver de son gage, ou lui imposer la nécessité de nouveaux sacrifices pour le conserver.

Quant aux propriétaires, comment jouiraient-ils de quelque crédit, alors qu'ils sont dans l'impossibilité d'offrir aucune sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs?

Aux vices qui viennent d'être signalés se joignent encore les inconvénients d'une déplorable procédure. — Ainsi, au lieu de notre vente judiciaire publique, poursuivie contradictoirement avec toutes les parties intéressées, et qui purge, d'un seul coup, l'immeuble de toutes les hypothèques *connues* (1), et d'une partie des actions réso-

---

(1) A mon avis, l'adjudication sur saisie devrait purger toutes les hypothèques inscrites ou non inscrites : M. Troplong en a parfaitement développé les raisons en son *Traité des hypothèques*, tome IV, n° 996. — Mais depuis

lutoires (1); le droit romain autorise le créancier à vendre de gré à gré la chose hypothéquée (2); et, comme de raison, cette vente laisse subsister intactes toutes les hypothèques antérieures. — Au lieu du *concours unique sur le prix*, qui, chez nous, centralise en quelque sorte les questions de préférence, pour les trancher toutes, d'un seul coup, dans une seule et même procédure collective; le droit de préférence se présente, en droit romain, sous la forme de *duels* en nombre illimité, dans chacun desquels deux créanciers se disputent la possession; sauf au vainqueur à recommencer le lendemain, contre un nouveau créancier, une lutte semblable; et ainsi de suite, indéfiniment, jusqu'à ce que, après tant de tiraillements, la possession demeure enfin adjugée à celui qui prime tous les autres.

§ 286. — Actions réelles prétoriennes : — V. ACTION SERVIENNE.

L'origine de l'action servienne se trouve déjà expliquée au commencement du § précédent.

---

1835, la Cour de cassation, abandonnant son ancienne jurisprudence, ne reconnaît plus à l'expropriation la vertu de purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, on avait proposé un amendement dans le sens de l'ancienne jurisprudence; cet amendement a été repoussé. La question paraît donc aujourd'hui tranchée dans le sens que l'adjudicataire doit faire la purge légale.

(1) Loi du 2 juin 1841, art. 717.

(2) Cette faculté est de même nature, mais plus dange-

Quant aux effets de cette action, ils ne peuvent être différents de ceux de l'action hypothécaire, puisque celle-ci n'est que la servienne généralisée. Qu'il suffise d'ajouter que déjà, avant l'introduction de la servienne, le préteur avait établi un interdit *adipiscendæ possessionis* (*interdictum Salvianum*) dont le but, semblable à celui de l'action servienne, était de faire obtenir au locateur de biens ruraux la possession des choses que le fermier avait affectées à la sûreté des obligations résultant du bail : nous y reviendrons en parlant des *interdits*.

§ 287. — De quelques autres actions réelles accordées au possesseur de fonds provinciaux, à l'emphytéote et au superficiaire.

I. On a déjà vu que les particuliers n'avaient sur les fonds provinciaux ni véritable propriété, (*ex jure Quiritium*), ni par conséquent de *rei vindicatio* proprement dite (§§ 277 et 278).

Vraisemblablement, la possession des fonds provinciaux ne fut protégée, dans l'origine, qu'au moyen des *interdits* (1) ; mais, dans la suite, cette possession finit par être considérée, dans la pratique, sinon dans la théorie, comme une véritable propriété, et fut garantie par une action réelle. Nous trouvons en effet que, dès le temps des juris-

---

reuse encore que la clause de *voie parée*, dont l'usage tendait à s'introduire chez nous, et qu'a définitivement proscrite la loi du 2 juin 1841.

(1) *Voy.*, ci-après, le chapitre IV.

consultes classiques, et il est probable qu'il en était ainsi déjà bien auparavant, celui qui était entré de bonne foi en possession d'un fonds provincial pouvait, au bout de 10 ans entre présents, et de 20 ans entre absents, opposer à l'action du propriétaire une exception dite *longi temporis præscriptio* (1): ce qui suppose bien évidemment que l'on reconnaissait un propriétaire et une action réelle.

Mais quelle était cette action réelle? Était-ce la revendication civile, ou la publicienne? Il me paraît évident que ni l'une ni l'autre de ces actions ne pouvait s'appliquer directement aux fonds provinciaux, la première, à cause des mots *ex jure Quiritium,* la seconde, à cause du mot *usucaptum,* qui se trouvaient dans les formules; mais, sans doute aussi, on avait étendu aux fonds provinciaux ces deux actions et toutes les autres actions réelles, en faisant subir à leurs formules certaines modifications qui ne nous sont point parvenues, et dans lesquelles on avait trouvé moyen de concilier la propriété de fait des particuliers avec la propriété théorique du peuple romain.

Sous Justinien, il n'y avait plus de raison pour maintenir le sol provincial dans l'état d'infériorité légale où l'avaient placé, relativement au sol italique, les anciennes théories nées de la conquête. En proclamant, par une constitution for-

(1) Paul., *Sent. recept.,* V, 2, § 3. — Diocl. et Max., L. 2, 3 et 9, C., *de Præscript. long. temp.*

melle, l'égalité entre le sol conquis et le sol conquérant, cet empereur ne fit donc que consacrer un état de choses auquel la pratique avait incessamment tendu dès le commencement de l'empire, et qui était surtout devenu tout naturel pour les provinces d'Orient, depuis que ces provinces composaient un empire distinct (1).

II. Il y avait des ressemblances remarquables entre les fonds provinciaux et les fonds *vectigales* et *emphytéotiques*.

On appelait *agri vectigales* les fonds appartenant à l'État, aux cités et à certaines corporations, telles que les colléges de prêtres et de vestales (2), lorsque ces fonds étaient loués à perpétuité, ou pour un temps très-long, moyennant une redevance annuelle en argent ou en fruits (*vectigal*) (3). — En droit romain, le fermier ou locataire n'a jamais, de son chef, l'action *réelle :* il a seulement contre le bailleur une action *personnelle*, pour se faire indemniser par lui, si c'est par son fait qu'il est troublé, ou pour se faire céder ses actions, si le trouble provient d'un tiers. La position du pre-

(1) § 40, Instit., *de Rer. divis.* — Justinian., L. unic., C., *de Nud. jure Quirit. toll.* — L. unic., C., *de Usucap. transf.* — *Voy*. ce qui a été dit au sujet des provinces, t. I, §§ 50, 67 et 95.

(2) Les cités et les colléges de prêtres possédaient des terres immenses. Le seul temple de Comana possédait des terres peuplées de 6,000 colons ou esclaves.

(3) Paul., L. 1, ff., *Si ager vectigal.* — Cf. Hygin., *de Limitib. constituend.*, apud Goesium, p. 205.

neur de l'*ager vectigalis* était bien meilleure : si, dans ses rapports avec la cité ou la corporation dont il tenait la concession, ses obligations et ses droits étaient, en général, ceux d'un fermier ordinaire; à l'égard des tiers, il était considéré comme ayant sur la chose un véritable *jus in re*, qui, sans être ni la propriété, ni l'usufruit, tient à la fois de ces deux droits; il avait notamment l'action *in rem* utile (1).

L'emphytéose, dont l'usage devint si fréquent au Bas-Empire, est calquée sur la tenure de l'*ager vectigalis*, si toutefois il y a entre ces deux tenures d'autre différence que celle des noms (2). Le bail emphytéotique est également un louage, consenti à perpétuité, ou du moins pour un temps très-long, et qui donne au preneur un *jus in re* (*jus prædii* — *jus servitutis*) et une action *reelle* utile (3). Quoique l'emphytéose fût principalement usitée et que peut-

---

(1) Paul., L. 1 et 3, ff., *Si ager vectigal.* — Papinian., L. 66, ff., *de Evictionib.* — Cf. *Fragm. Vatic.*, § 61; — Julian., L. 25, ff., *de Usur. et fructib.*; — Macer., L. 15, ff., *Qui satisd. cog.*

(2) Dans les Compilations de Justinien, l'*ager vectigalis* et l'*emphytéose* sont toujours mis à côté l'un de l'autre, comme n'étant qu'une seule et même chose. La rubrique du titre III du livre VI porte : « Si ager vectigalis, id est, « emphyteuticarius petatur. » — Cf. Macer., L. 15, § 1, ff., *Qui satisd. cog.*

(3) Gaius, *Comm.* III, § 145. — § 3, Instit., *de Locat.* — Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Superficieb.* — Paul., L. 1 et 3, ff., *Si ager vectigal.*

être même elle eût été introduite comme moyen de mettre en valeur les terres incultes qui composaient les domaines immenses des empereurs et des cités, on ne voit pas ce qui aurait empêché les particuliers d'avoir recours au même moyen de tirer parti de leurs terres : toutefois, ce n'est que vers le cinquième siècle qu'on commence à trouver des traces certaines de baux emphytéotiques entre particuliers. Zénon, tranchant les controverses qui s'étaient élevées sur la nature de ce droit, le régla par une constitution expresse (1).

III. Le droit de *superficie* donne lieu à des remarques analogues.

D'après le droit civil, et même d'après le droit des gens suivant les idées que s'en faisaient les Romains, les édifices ne pouvaient avoir d'autre propriétaire ni d'autre possesseur que le propriétaire et le possesseur du sol : c'est donc à ceux-ci que compétaient exclusivement la revendication *civile* et l'interdit *Uti possidetis*, quels que fussent d'ailleurs l'auteur des constructions et le propriétaire

---

(1) Zeno., L. 1, C., *de Jur. emphyteut.* — Cf. Justinian., L. 2 et 3, C., *eod.*

On n'a pu ici que toucher en passant le droit d'emphytéose, seulement pour indiquer la nature de l'action qui le protége. Ceux qui désireraient avoir une notion plus complète de cette branche intéressante du droit romain au Bas-Empire en trouveront une histoire excellente dans le commentaire sur le titre de louage par M. Troplong, pag. 138-216. — On peut aussi voir une très-bonne dissertation publiée par M. Vuitry en 1836.

des matériaux. Ainsi, alors même que le propriétaire du sol aurait permis à une autre personne d'avoir sur ce sol une maison à elle appartenant, cette permission serait restée inutile devant la toute-puissance du droit, et la propriété de la maison aurait encore appartenu au propriétaire du sol (1); quant au concessionnaire, il n'avait contre le maître du sol qu'une simple action personnelle *ex conducto* ou *ex empto*, selon que la concession aurait été consentie pour une redevance périodique ou pour un prix unique (2) : telle est la conséquence logique, mais rigoureuse, du droit civil et du droit des gens.

Mais lorsque la concession est faite *à perpétuité*, ou tout au moins pour un temps fort long, le préteur a introduit un interdit utile, calqué sur l'interdit *Uti possidetis* et une action *réelle* utile, analogue à la revendication, au moyen desquels le superficiaire peut, même contre le propriétaire du sol, se faire maintenir en possession de l'édifice, ou le revendiquer s'il en a perdu la possession (3). Le superficiaire se trouve ainsi assimilé au propriétaire : aussi peut-il transmettre son droit

---

(1) Gaius, L. 2, ff., *de Superfic.* — Cf. ce qui a été dit cidessus, pag. 99 et suiv. — Notre Code civil est plus libéral : il admet que les divers étages d'une maison peuvent appartenir à divers propriétaires (art. 664).

(2) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Superfic.*

(3) Ulpian., L. 1, §§ 1, 2 et 3, ff., *de Superfic.* : « ...*Non ad* « *modicum tempus.* »

entier (1), ou le démembrer en le grevant de servitudes : il est bien entendu, au reste, que les servitudes, consenties par le superficiaire, n'avaient d'existence que d'après le droit prétorien (2).

## II. *ACTIONS PERSONNELLES* (IN PERSONAM).

§ 288. — Des diverses espèces d'actions personnelles et des faits juridiques dont elles dérivent. — Sommaire de la théorie des obligations.

En traitant des actions *in rem*, on a pu et on a dû entrer dans l'examen détaillé de chaque action réelle en particulier, parce que ces actions sont en petit nombre, et que chacune d'elles fournit l'occasion de quelque remarque importante sous le rapport de la procédure. La même marche serait impraticable pour les actions *in personam;* car ces actions sont innombrables; et vouloir tracer l'histoire de chacune d'elles en particulier, ce serait s'imposer la tâche de faire un traité complet des obligations. On se bornera donc à rappeler brièvement la théorie générale des obligations auxquelles les actions personnelles servent de sanction; on exposera ensuite, dans les §§ suivants, la sous-division des actions personnelles en *actiones in personam* et en *condictiones*.

I. On a déjà approfondi la nature juridique de l'obligation (*jus ad rem*), en la comparant avec le

(1) Ulpian., L. 1, § 7, ff., *de Superfic.*
(2) Ulpian., L. 1, § 6, ff., *de Superfic.*

*jus in re* (§ 274) : il faut dire maintenant quels événements lui donnaient naissance. — L'obligation pouvait naître des *contrats*, des *délits* et de plusieurs autres événements (*variis causarum figuris*) (1) qui, sans être ni des contrats ni des délits, produisaient néanmoins des obligations analogues, dans leurs effets, les unes, aux obligations naissant des contrats (*obligationes quasi ex contractu*), les autres, aux obligations naissant des délits (*obligationes quasi ex delicto*) ; ainsi, quatre sources d'obligations : contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits (2). — Les obligations *ex contractu* et *quasi ex contractu* ont cela de commun qu'elles passent, en général, aux héritiers et contre les héritiers des parties ; tandis que les obligations *ex delicto* et *quasi ex delicto* se ressemblent précisément parce que, en général, elles ne survivent pas à l'auteur du délit ou du quasi-délit ; quelquefois même elles

---

(1) Gaius, L. 1, pr., ff., *de Oblig. et act.*

(2) Les jurisconsultes romains ne disent jamais *quasi-contractus, quasi-delictum*, mais *obligatio quasi ex contractu, quasi ex delicto* ; indiquant ainsi que la similitude existe, non entre les événements générateurs des obligations, mais entre les obligations elles-mêmes. Toutefois, on se servira, sans scrupule, des expressions *quasi-contrats, quasi-délits*, qui sont plus courtes que les périphrases qu'il faudrait employer pour parler exactement comme les jurisconsultes romains. D'ailleurs, ces expressions n'ont par elles-mêmes rien d'inexact : si les jurisconsultes ont assimilé les *effets*, c'est que, sans doute, ils apercevaient de l'analogie entre les *causes*.

s'éteignent à la mort de la personne lésée. Ceci posé, on va parcourir les quatre sources d'obligations, en ayant soin d'indiquer les différences principales qui existent à ce sujet entre le droit romain et le Code civil.

*I. CONTRATS.* — Le droit français a fait une large part à la volonté de l'homme : le simple consentement, pourvu qu'il n'ait rien d'illicite et qu'il émane de personnes capables, suffit pour obliger. Les écrits ne sont requis que pour la *preuve*, et non pour la validité de l'engagement : telle est la règle générale. Les exceptions sont peu nombreuses et se réfèrent à certains contrats, qu'à raison de leur importance le législateur a cru devoir soumettre à des formalités particulières : ces formalités ne sont pas requises pour la preuve, mais *pour la validité* (mariage, adoption, tutelle officieuse, donation entre-vifs, contrats de mariage et d'hypothèque, sociétés commerciales, etc.) : on les appelle pour cela contrats *solennels*. — Le droit romain est, en cette partie, précisément le contre-pied du droit français. A Rome, le simple consentement (*nuda conventio, pactum*) ne suffit pas pour obliger : si le consentement n'est exprimé d'une certaine manière, ou s'il n'est accompagné de certaines circonstances, il ne produit ni obligation ni action. Par exception à la règle, quelques contrats, en petit nombre, sont obligatoires *solo consensu :* c'est ce qu'on appelle les contrats *consensuels.* Ainsi, en employant les mots *solennels* et *consensuels* dans le sens qui résulte des explications pré-

cédentes, on peut ainsi marquer l'opposition des deux législations : en droit romain, tous les contrats sont *solennels*, sauf l'exception des contrats consensuels ; en droit français, tous les contrats sont *consensuels*, sauf l'exception des contrats solennels.

La langue latine, avec sa richesse ordinaire, avait des noms particuliers pour ces diverses choses. *Conventio* est l'expression générique, elle comprend les contrats et les pactes (1). La convention prend le nom de *contrat*, quand elle est pleinement obligatoire, c'est-à-dire quand elle fournit au créancier une *action* pour contraindre le débiteur à exécuter la convention ; elle prend le nom de *pactum* ou *nuda conventio* lorsque celui au profit duquel la convention a été consentie n'a pas d'action pour contraindre l'autre partie. Le pacte ne doit pourtant pas être assimilé à une convention absolument nulle : car si le promettant, ayant exécuté spontanément, venait ensuite répéter comme ayant payé indûment, on le repousserait par l'exception *pacti* ou *de dolo*. — Ces résultats sont encore exprimés d'une autre manière, en disant que le contrat engendre une obligation *civile*, et le pacte une simple obligation *naturelle* (2). On

(1) Ulpian., L. 1, ff., *de Pactis*.

(2) L'opposition indiquée ici par les mots *civile* et *naturelle* serait peut-être plus clairement exprimée par les mots *parfaite* et *imparfaite*. C'est dans le même sens que nos auteurs appellent la dette de jeu, obligation *naturelle* (C. C.,

verra tout à l'heure que plusieurs conventions qui, d'après l'ancien droit civil, n'étaient que de simples pactes, devinrent par la suite de véritables contrats consensuels.

Il est impossible aujourd'hui d'expliquer pourquoi les fondateurs du droit civil romain avaient

---

art. 1963 et 1967); et que l'article 1235 décide que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations *naturelles* qui ont été volontairement acquittées. L'expression *obligation naturelle* est encore prise, chez nous, dans une tout autre acception, pour désigner l'obligation que la nature, à défaut de la loi, suffirait pour imposer aux parents et aux enfants de s'assister dans le besoin (C. C., art. 203 et suiv.).

On a écrit des volumes sur l'obligation naturelle du droit romain, sans que, à mon sens, on soit jamais parvenu à un résultat satisfaisant. Ce peu de succès tient, je crois, à ce que l'on a voulu trouver à cette expression un sens *unique* et *absolu;* tandis qu'elle n'a jamais qu'un sens *relatif* plus ou moins étendu, selon les diverses relations qu'elle est employée à exprimer. — Les rapports légaux, sous lesquels les jurisconsultes romains ont principalement recherché les divers degrés d'efficacité des obligations, sont, en allant du plus au moins, l'*action*, l'*exception*, la *novation* et le *cautionnement.* L'obligation est parfaite ou *civile* quand elle donne une action au créancier; elle est imparfaite ou *naturelle* quand, ne donnant aucune action au créancier, elle est cependant efficace sous les trois derniers rapports, du moins sous l'un d'entre eux. Le développement de cette doctrine nous mènerait trop loin : citons seulement quelques exemples. — La promesse faite par pacte ne donne pas d'action; mais elle produit une exception, et elle est susceptible d'être cautionnée. — La promesse faite par un pupille non autorisé est qualifiée

refusé au simple consentement la vertu d'*obliger* (1) civilement les parties : peut-être avaient-ils craint les surprises et les engagements téméraires ; peut-être avaient-ils pensé que la volonté est par elle-même un fait fugitif dont il serait trop difficile au juge d'apprécier les caractères et la portée. Quoi qu'il en soit, et en laissant de côté les contrats consensuels, qui ne sont qu'une exception, la convention n'avait le pouvoir d'obliger (attribuer une action au créancier) qu'autant qu'elle avait été formée de l'une des trois manières suivantes : 1° si la volonté de s'obliger reposait sur un fait ou sur une dation (RE) ; 2° si elle était exprimée au moyen de certaines paroles solennelles (VERBIS) ; ou 3° de certaines écritures spéciales (LITTERIS). Il y avait

---

obligation *naturelle*, quand il s'agit de savoir si elle est susceptible d'être cautionnée, ou si elle peut opérer novation (Scævola, L. 127, ff., *de Verb. obligat.* — § 3, *Quib. mod. oblig. toll.*) ; on lui dénie, au contraire, formellement cette qualification, et on la répute absolument nulle (*ne naturaliter quidem obligatur*), quand on la considère sous le rapport de l'action et de l'exception (Lic. Rufin., L. 59, *de Obligat.* — Nerat., L. 41, ff., *de Condict. indeb.*). — La promesse de l'esclave envers son maître, obligation *naturelle* susceptible d'être *cautionnée*, n'est point considérée comme ayant une existence suffisante pour opérer une novation (Instit., § 1, *de Fidejuss.* — § 3, *Quib. mod. oblig. toll.*).

(1) C'est-à-dire de produire un simple *jus ad rem* : nous avons dit pourquoi, au contraire, il ne nous paraissait pas convenable que la simple convention suffit pour transférer le *jus in re*. *Voy.* ci-dessus, § 274, pag. 58 et suiv.

donc quatre classes d'obligations contractuelles : réelles, verbales, littérales et consensuelles.

1° *Contrats réels.* — L'obligation résulte souvent d'un simple fait, par la seule disposition du droit et abstraction faite de toute volonté de s'obliger : c'est ainsi que celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû est, *ipso facto*, obligé de restituer; pareillement, celui dont on a géré les affaires se trouve obligé, même à son insu, à indemniser le *negotiorum gestor*. Il est donc, à plus forte raison, naturel de tenir pour obligé celui qui, en recevant une chose ou un service, a eu l'intention de s'obliger : on dit alors que l'obligation se contracte RE, expression intraduisible, qui indique que la convention tire sa force obligatoire d'un fait accompli (service ou dation) qui justifie et légitime la volonté de s'obliger.

Cette idée générale une fois admise, il est évident qu'il peut y avoir un nombre infini de contrats réels. — Quelques-uns, d'un usage plus fréquent, avaient reçu des noms particuliers dans la langue latine; le plus grand nombre était resté sans dénominations particulières : de là, la distinction des contrats *nommés* et *innommés*, dont beaucoup de commentateurs ont faussé le sens en la généralisant; tandis qu'elle n'est qu'une subdivision des contrats réels.

Les contrats réels nommés sont au nombre de quatre : le *mutuum*, le *commodat*, le *dépôt* et le *gage*.

Les contrats réels innommés ont tous été ramenés

aux quatre types suivants : *Do ut des, Do ut facias, Facio ut facias, Facio ut des* (1).

2° *Contrats verbaux.* — L'obligation se contracte par paroles (*verbis*), au moyen d'une interrogation adressée de vive voix par celui qui veut devenir créancier, et d'une réponse, faite également de vive voix, par celui qui veut s'obliger. Renversez les rôles, substituez l'écriture ou les signes à la parole parlée, et vous n'avez plus qu'un simple pacte dépourvu d'action. C'est en ce sens que cette manière de contracter peut encore être appelée *solennelle,* même sous le nouveau droit qui permet d'ailleurs d'employer un idiome et des expressions quelconques (2).

La stipulation est une manière générale de s'obliger; mais elle ne peut évidemment convenir que pour des conventions unilatérales.

3° *Contrats littéraux.* — Les obligations se contractaient *litteris* par la transcription des conventions sur les registres que les anciens pères de famille romains étaient dans l'usage de tenir (*nomina transcriptitia*). Il ne faut pas oublier que l'écriture n'est point ici requise pour la preuve, mais bien pour la validité du contrat. Au surplus, cette manière de contracter, tombée en désué-

(1) Paul., L. 5, ff., *de Præscr. verb.*

(2) Gaius, *Comm.* III, §§ 92-127. — Justinian., Instit., *de Verb. oblig.* — On appelle *stipulation* l'ensemble de l'interrogation et de la réponse ; mais plus spécialement l'interrogation. Aussi trouve-t-on souvent dans les textes le créancier désigné par la périphrase *qui interrogavit*, et le

tude bien avant Justinien, ne paraît avoir jamais eu que des applications fort limitées (1).

4° *Contrats consensuels.* — Les contrats obligatoires par le seul consentement furent d'abord en petit nombre : *vente, louage, société, mandat.* Mais, dans la suite, le préteur et les empereurs ayant établi des actions pour plusieurs conventions, qui, d'après l'ancien droit civil, n'étaient que de simples pactes, ces conventions devinrent par là de véritables contrats consensuels. Cependant on continua à les appeler *pacta* en y joignant les épithètes de *prætoria* et de *legitima :* sous ces dénominations, les pactes garantis par une action sont opposés aux pactes qui n'en produisent pas, *pacta nuda.*

Parmi les pactes prétoriens, il faut principalement ranger l'hypothèque (2), le constitut (3), le précaire (4), la convention relative au serment

---

débiteur par celle-ci : *qui respondit.* Nous disons aussi *répondant* et *répondre*, dans le sens de *caution* et de *cautionner.*

(1) Cicer., *pro Q. Roscio*, 1-5 ; *pro Cluentio*, 14, 30 ; *de Offic.*, III, 14 ; *ad Attic.*, IV, 18 ; in Verr., II, 36, et Ascon. Pedian., ad h. l. — Gaius, *Comm.* III, §§ 128 à 134. — Justinian., *de Litter. oblig.*

(2) *Voy.* ci-dessus, § 285 : et remarquez que, contrairement à la règle, le pacte produit non-seulement une obligation *jus ad rem*, mais aussi un *jus in re.*

(3) §§ 8 et 9, Instit., *de Actionib.* — Digest., lib. XIII, tit. 5. — Cod., lib. IV, tit. 18.

(4) Paul., *Sent. recept.*, V, 6, § 11. — Digest., lib. XLIII, tit. 26. — Cod., lib. VIII, tit. 9. — Donneau pense que le

extrajudiciaire (1); la convention par laquelle l'arbitre promet aux parties de juger le différend (2).

Parmi les pactes légitimes on compte plusieurs conventions très-importantes : la donation entre-vifs (3), la promesse de dot (4), le compromis (5), l'emphytéose (6).

Enfin les pactes deviennent encore obligatoires quand ils sont ajoutés à un contrat de bonne foi, au moment même ou ce contrat se forme (*pacta adjecta*), dans le but d'en modifier les conséquences ordinaires : les pactes se fondent alors dans le contrat et ne font qu'un avec lui : aussi sont-ils garantis par l'action même qui naît du contrat (7).

*II. QUASI-CONTRATS.* — Ces événements se présentent sous des faces trop variées pour qu'une définition générale soit possible. Notre Code civil a essayé, sans succès, d'en donner une (art. 1371); mais cette définition ne convient guère qu'aux quasi-contrats réglés par les articles 1372 à 1381. Ce-

---

précaire est un contrat réel innommé; d'autres n'y voient qu'un *quasi-contrat* : Cujac., ad L. 23, ff., *de Regul. jur.*

(1) *Voy.* tome I, § 219.

(2) Ulpian., L. 3, §§ 1 et 2, ff., *de Recept.*

(3) § 2, Instit., *de Donat.* — Justinian., L. 34, 35, 36 et 37, C., *eod.*

(4) Theod. et Valent., L. 6, C., *de Dot. prom.*

(5) Justinian., L. 4 et 5, C., *de Recept.*

(6) Zeno, L. 1, C., *de Jure emphyt.*

(7) Ulpian., L. 7, §§ 5 et 6, ff., *de Pactis.* — Papinian., L. 72, ff., *de Contrah. empt.*

la est si vrai que, dans l'article **1370**, les rédacteurs du Code se sont vus forcés, par leur mauvaise définition, d'admettre une cinquième classe d'obligations, celles qui *résultent de l'autorité seule de la loi;* comme si ces obligations n'étaient pas précisément celles que les jurisconsultes de tous les temps et de tous les pays ont considérées comme naissant *quasi ex contractu.* D'ailleurs, la loi n'est-elle pas toujours la source médiate ou immédiate des obligations (1)?

Les principaux quasi-contrats du droit romain sont: le payement de l'indû, qui donne lieu à l'action dite *condictio indebiti;* la gestion d'affaires, d'où naissent les actions réciproques *negotiorum gestorum, directa et contraria;* la tutelle (*actio tutelæ, directa et contraria*); la curatelle (*actio negotiorum gestorum, utilis, directa et contraria*); les obligations de l'héritier envers les légataires (*actio testamenti*); l'indivision entre héritiers (*actio familiæ erciscundæ*), ou entre co-propriétaires, *actio*

---

(1) Les idées des rédacteurs du Code civil sur ce point de doctrine étaient si peu nettes, que l'un d'eux, M. Tarrible, disait, dans son rapport au Corps législatif, le 19 pluviôse an XII: « Les faits personnels sont licites ou illicites: les premiers forment les quasi-contrats, les seconds forment les délits ou quasi-délits. — Cette analyse ne laisse dans le rang des quasi-contrats proprement dits *que deux espèces d'engagements :* celui qui résulte de la gestion d'affaires d'autrui, et celui qui s'engendre par le payement d'une chose non due. »

*communi dividundo*) ; le voisinage (*actio finium regundorum* (1).

*III. DÉLITS.* — La division des délits et des quasi-délits se présente, en droit romain, moins nettement que dans notre Code civil. Chez nous, on appelle délit, le fait illicite commis méchamment (2) et qui fait naître simultanément une action *publique* pour l'application de la peine, et une action *privée,* au profit de la partie lésée, pour obtenir la réparation du dommage. Le quasi-délit est aussi un fait illicite, mais un fait qui, étant exempt d'intention perverse, n'attire sur son auteur aucun châtiment et l'oblige seulement envers la partie lésée à la réparation du préjudice qu'il a involontairement causé. — Le droit romain est loin de nous présenter une théorie aussi rationnelle et aussi simple. Certaines manières de nuire à autrui sont qualifiées *délits;* toutes autres manières de nuire sont réputées *quasi-délits.* L'intention innocente ou perverse de l'auteur du dommage n'est pas un caractère nécessaire de distinction : ainsi, par exemple, le conducteur d'un char qui, entraîné par des chevaux qu'il ne peut maî-

(1) *Voy.*, aux Institutes, le titre *de Obligationibus quæ quasi ex contractu.*

(2) L'homicide involontaire, le défaut de domicile et la plupart des contraventions, sont cependant, dans notre droit français, considérés comme actions passibles d'une peine, c'est-à-dire comme des délits; bien que ces actes soient commis sans *mauvaise intention.*

triser, dégrade ou détruit quelque objet à vous appartenant, est coupable envers vous du *délit* prévu par la loi Aquilia (1). Au contraire, le juge qui, même par malice ou corruption, vous fait perdre un procès que vous auriez dû gagner, n'est tenu envers vous que *quasi ex delicto* (2). — Ce n'est pas tout : bien que les délits privés fussent assez nombreux (3), Gaius et Justinien, en exposant les règles des obligations *ex delicto*, se réfèrent toujours exclusivement à quatre délits privés seulement, savoir : le vol (*actio furti, manifesti, nec manifesti,... oblati... concepti... prohibiti*) (4); la rapine (*actio vi bonorum raptorum*) (5); le dommage dans les cas prévus par la loi Aquilia (*actio legis Aquiliæ*) (6); enfin l'injure (*actio injuriarum*) (7). — La distinction des délits et quasi-délits paraît donc avoir été à Rome à peu près purement arbitraire.

*IV. QUASI-DÉLITS.* — Sont considérés comme obligés *quasi ex delicto* : le juge qui, par impéritie ou malice, fait le procès sien (8); celui qui pose ou suspend hors d'une maison des objets dont la chute pourrait occasionner quelque dommage (9); le propriétaire de la maison duquel il a été jeté,

(1) §§ 7 et 8, Instit., *Ad leg. Aquil.*
(2) Pr., Instit., *de Obligat. quasi ex delict.*
(3) *Voy.* ci-dessus, page 1, note 1, n° V.
(4) Gaius, *Comm.* III, §§ 183-208. — Instit., lib. IV, tit. 1.
(5) Gaius, *Comm.* III, § 209. — Instit., lib. IV, tit. 2.
(6) Gaius, *Comm.* III, §§ 210-219. — Instit., lib. IV, tit. 3.
(7) Gaius, *Comm.* III, §§ 220-224. — Instit., lib. IV, tit. 4.
(8) Pr., Instit., *de Oblig. quasi ex delict.*
(9) Gaius, L. 5, § 5, ff., *de Oblig. et actionib.*

sans avertissement préalable, quelque chose dans la rue (1); l'aubergiste et le capitaine de navire, en raison des effets des voyageurs détournés ou endommagés par les gens de l'auberge ou de l'équipage (2), etc. etc.

Dans tous ces cas, la partie lésée a une action *in factum* pour obtenir de l'auteur du dégât, tantôt le double du dommage, tantôt une amende fixe, tantôt enfin une somme dont le chiffre est abandonné à l'arbitraire du juge (3).

II. Après avoir dit comment naissent les obligations, il faut dire comment elles s'éteignent.

D'après le droit civil, les causes d'extinction des obligations étaient peu nombreuses, on en comptait quatre seulement : le *payement* (*solutio*), la *novation*, l'*acceptilation* et le *mutuel dissentiment* (4).

Le payement et la novation sont des modes d'extinction communs à toutes les obligations.

L'acceptilation et le mutuel dissentiment sont des causes d'extinction particulières, savoir : l'acceptilation, aux obligations verbales (5), le mutuel

(1) §§ 1 et 2, Instit., *de Oblig. quasi ex delict.*

(2) § 3, Instit., *de Oblig. quasi ex delict.*

(3) *Voy.* les textes cités dans les quatre notes précédentes.

(4) *Voy.*, aux Institutes, le titre *Quibus modis obligatio tollitur*, et Gaius, *Comm.* III, §§ 168-181. — L'extinction de l'obligation *per æs et libram* rentre dans le payement; l'extinction par *litis contestatio* rentre dans la novation. (*Voy.* tome I, §§ 204 et 205.)

(5) Mais au moyen de la stipulation aquilienne on peut

dissentiment, aux obligations consensuelles. Ces deux modes d'extinction sont fondés sur cette idée, vraie en elle-même, mais dont il faut faire usage avec discrétion, que les choses doivent se délier de la même manière qu'elles se sont liées : *Res eodem modo dissolvuntur quo colligatæ sunt.* — L'acceptilation est une remise solennelle de la dette; elle s'opère au moyen d'une interrogation faite de vive voix par le débiteur qui veut obtenir sa libération, et d'une réponse, faite également de vive voix, par le créancier qui veut libérer : c'est exactement le contre-pied de la stipulation.

Ainsi, d'après le droit civil romain, la *remise volontaire,* faite autrement que par acceptilation (*pactum de non petendo*), la *compensation* et la *prescription,* n'étaient pas des manières d'éteindre les obligations; mais le préteur avait encore ici rempli, à sa manière, les lacunes du droit civil, en accordant au débiteur poursuivi des exceptions, à l'aide desquelles il pouvait, dans ces divers cas, obtenir son absolution du juge.

De là, la distinction entre les modes qui éteignent l'obligation *ipso jure,* et sans qu'il soit besoin d'exception, et les extinctions imparfaites, qui, laissant subsister en théorie l'obligation et l'action, permettent au débiteur d'éviter la condamnation (*exceptionis ope*).

---

convertir une obligation quelconque en obligation verbale; et, sous cette forme nouvelle, l'éteindre par acceptilation : § 2, Instit., *Quib. mod. oblig. toll.*

III. Après ce rapide aperçu sur la théorie des obligations, passons aux actions personnelles qui leur servent de sanction. On peut les ranger en deux grandes classes : les *condictiones* et les *actiones in personam* auxquelles on refuse le nom de condictions.

Au premier abord, toutefois, plusieurs textes pourraient faire penser que le mot de *condictio* était, pour les actions personnelles, une expression tout aussi générique que le mot *vindicatio* pour les actions réelles (1); il n'en est pas ainsi cependant. En effet, en examinant ces textes de plus près, on s'aperçoit que l'expression *condictio* ne se disait que des actions personnelles dont l'*intentio* était ainsi conçue : SI PARET ADVERSARIUM DARE FACERE OPORTERE.....; QUIDQUID PARET ADVERSARIUM DARE FACERE OPORTERE (2). Toutes les actions personnelles dont l'*intentio* est conçue autrement, par exemple, les actions si nombreuses qui sont conçues *in factum* (3), les actions de bonne foi (4), l'action *si paret præstare oportere* (5), ne sont pas des *condictiones*.

Mais quels étaient l'origine et les caractères de cette subdivision des actions personnelles? Quelle

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 5. — Ulpian., L. 25, ff., *de Oblig. et Actionib.*—§ 15, Instit., *de Actionib.*

(2) *Loc. cit.*, cf. Gaius, *Comm.* IV, § 41.

(3) *Voy.* § 174, et ci-dessus la *quatrième division.*

(4) *Voy.*, ci-après, la *neuvième division.*

(5) Gaius, *Comm.* IV, § 2.

en était surtout l'utilité dans la pratique? Ce sont là autant de questions fort obscures, sur lesquelles les textes, quoique assez nombreux, fournissent peu de lumières.

§ 289. — Origine et nature de la sous-distinction des actions personnelles, en *condictiones* et actions *in personam* non qualifiées *condictiones*.

Quoiqu'il ne faille pas attacher beaucoup d'importance aux notions, habituellement si peu précises, que l'on peut tirer des étymologies, il n'est cependant pas sans intérêt de rechercher comment le mot *condictio*, qui, dans la procédure des actions de la loi, ne désignait que deux classes de demandes personnelles, celles par lesquelles on soutenait que le défendeur était obligé à transférer la propriété (*dare*) soit d'une somme d'argent certaine (*certa pecunia*), soit de toute autre chose déterminée (*certa res*), est devenu, sous le régime formulaire, une expression générique embrassant la plus grande partie des actions personnelles (1). Il faudra aussi rechercher quel est le caractère général commun des *condictiones*, par opposition aux autres actions *in personam* auxquelles on refuse

(1) Cette extension est d'autant plus remarquable que d'ailleurs les *dénonciations*, qui constituaient la *legis actio per condictionem*, n'étaient plus en usage dans la procédure formulaire; et qu'il n'y avait même aucune formule qui fût conçue à l'imitation de cette action de la loi : Gaius, *Comm.* IV, §§ 18, 19, 20 et 32. — Cf. ci-dessus le § 264.

cette qualification. Pour cela, il faut rappeler quelques principes de l'ancienne procédure.

I. La procédure *per sacramentum* était générale et pouvait servir à toutes demandes soit *in rem*, soit *in personam;* mais cette procédure était fort périlleuse, tant à cause du danger de perdre le *sacramentum*, qu'en raison de ce que le juge, obligé de s'attacher strictement aux termes de la demande, devait prononcer le *sacramentum* JUSTUM ou INJUSTUM, selon que cette demande se trouvait ou non pleinement justifiée dans les termes mêmes dans lesquels elle avait été formée. Ainsi la plus légère erreur dans l'énoncé de la prétention entraînait forcément la perte du procès pour le demandeur; et réciproquement aussi, dès que la demande était justifiée, le juge devait fatalement condamner le défendeur, sans pouvoir jamais tenir compte des considérations d'équité, même les plus évidentes, pour tempérer la condamnation (1). C'était là un procédé judiciaire rempli d'écueils; car combien souvent la vraie justice ne se trouve-t-elle pas à égale distance des prétentions contraires des plaideurs!

C'est sans doute par des considérations de cette nature que, dès les premiers temps, on avait établi, à côté de l'action *per sacramentum*, une procédure plus douce (*judicis postulatio*), dans laquelle les plaideurs n'avaient aucun *sacramentum* à déposer,

---

(1) *Voy.* tome I, §§ 137 et 164.

et dans laquelle aussi, selon toute vraisemblance, le juge jouissait de plus de latitude pour apprécier les prétentions des parties. Toutes les vraisemblances se réunissent pour faire penser que l'on recourait principalement à la *judicis postulatio* pour les demandes qui, plus tard, dans la procédure formulaire, furent appelées *actiones* ou *judicia bonæ fidei* (1), et sans doute aussi pour la pour-

---

(1) *Voy.*, ci-après, la *neuvième division.* — Ce qui vient d'être dit de l'application de la *judicis postulatio* aux actions de bonne foi est certain, déjà pour l'époque des XII Tables, à l'égard des actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* (§ 152). L'analogie seule devrait porter à en dire autant des autres actions de bonne foi; mais il y a des textes qui viennent donner à l'analogie tous les caractères de la certitude. Ainsi, nous lisons dans Cicéron, *de Officiis*, III, 10 : «Præclarum a majoribus accepimus «morem *rogandi judicis*, si ea rogaremus quæ *salva fide* fa-«cere possit.» Les expressions *præclarum morem rogandi judicis* désignent évidemment la *judicis postulatio* solennelle, et les mots *salva fide* sont bien l'équivalent de *bona fide*. Plus loin, au chap. 17 du même livre, Cicéron ajoute : «Scævola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat «*in omnibus iis arbitriis* in quibus adderetur *ex fide bona*, «fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque «versari in *tutelis*, *societatibus*, *fiduciis* (gage), *mandatis*, «rebus *emtis-venditis*, *conductis-locatis*, quibus vitæ so-«cietas contineretur; in his magni esse judicis statuere «(præsertim quum *in plerisque essent judicia contraria*) quid «quemque cuique *præstare* oporteret.» Bien qu'à l'époque où écrivait Cicéron, la procédure formulaire eût déjà remplacé, pour la plus grande partie, les actions de la loi, ce dernier passage ne contient rien qui soit spécial à la pro-

suite de la plupart des autres obligations qui n'étaient pas susceptibles de la précision rigoureuse qui rendait si périlleuse l'action *per sacramentum*.

Quant aux créances résultant soit d'un jugement (*æs judicatum*), soit d'une confession en justice (*æs confessum*), la loi des XII Tables autorisait un mode de procéder plus rapide et plus énergique, la *manus injectio* (*voy.* §§ 156 et suiv.).

Ainsi, vraisemblablement, en ce qui concerne les actions *in personam*, l'action *sacramenti* n'était guère usitée que pour celles de ces actions qui avaient pour base l'obligation de donner (*dare*) des choses qu'il était possible de déterminer parfaitement à l'avance, et pour lesquelles, par conséquent, l'action *sacramenti* offrait le moins de danger (1).

---

cédure formulaire. Il ne faut pas perdre de vue, non plus, que le point de doctrine énoncé par Cicéron est placé par lui dans la bouche du grand pontife Scævola, et n'est nullement énoncé comme résultat de la procédure nouvelle. Au surplus, Zimmern a très-bien établi que déjà, sous l'ancienne procédure, il y avait des actions de bonne foi, et que ces actions étaient mises en jeu *per judicis postulationem* (traduct. d'Étienne, § XLII). M. Ortolan, dans sa nouvelle édition, a suivi l'opinion de Zimmern.

(1) Au surplus, même pour les obligations *certæ pecuniæ* ou *certæ rei*, les parties avaient probablement le choix entre l'action *per sacramentum* et la *judicis postulatio* : Gaius est positif à cet égard : *Comm.* IV, § 20. — *Voy.* tome Ier, § 152. — Zimmern s'efforce, sans utilité, de démontrer que la *judicis postulatio* ne s'appliquait aux obligations de

Toutefois, même à l'égard des demandes de cette nature, il ne tarda pas à s'introduire une procédure spéciale, la *condictio*. — Cette forme nouvelle ne fut d'abord autorisée par la loi Silia que pour les créances d'une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*); mais elle fut étendue, plus tard, par la loi Calpurnia, à toute créance de chose certaine (*certa res*) (*voy*. §§ 154 et 155).

A partir de cette époque, la procédure *per sacramentum* ne dut plus être employée que pour les actions *in rem:* les actions personnelles pouvant toutes être exercées, avec moins de danger et plus de célérité, par *judicis postulatio, condictio* ou *manus injectio* (1).

Quand le système formulaire remplaça l'ancienne procédure, les formules *in personam* durent donc suffire à tous les besoins auxquels on pourvoyait auparavant au moyen de ces trois actions de la loi.

Lors de cette transition, on conserva naturellement le nom de *condictio* aux actions personnelles pour tous les cas où, autrefois, on agissait par la *legis actio* de ce nom, c'est-à-dire pour les obligations *certæ pecuniæ* ou *certæ rei:* c'est la condiction par excellence, la condiction originaire. — Par une

---

choses certaines, que lorsque le litige comportait, de la part du juge, des évaluations exigeant une certaine latitude d'examen; et il entend dans ce sens le § 20 précité de Gaius (trad. d'Étienne, page 116, note 14).

(1) Zimmern., trad. d'Étienne, §§ XLII et XLIII.

assimilation, que faisait naître la similitude de l'objet de la demande, on donna le même nom à la formule *in personam*, dans la plupart (1) des cas dans lesquels on agissait auparavant par *manus injectio* : et cela était naturel; car les créances, réclamées par cette quatrième *actio legis*, étant certaines et liquides, rentraient très-bien dans la condiction proprement dite.

Jusqu'ici la condiction formulaire, comme la condiction primitive, se trouve très-nettement distinguée des autres actions personnelles par cette double circonstance : 1° que le demandeur soutient que son adversaire *doit lui transférer la propriété* (2) *d'un objet certain*, (*dare certum oporte-*

---

(1) Je dis la *plupart* et non pas *tous* : en effet, l'action *Judicati*, qui correspond si bien à l'application principale de la *manus injectio* (*æs judicatum*), n'est qu'une action prétorienne conçue *in factum*, qui, par conséquent, ne peut être rangée parmi les condictions, comme on va le voir ci-après, page 225.

(2) C'est en prenant la *condictio* dans ce sens primitif et restreint que Gaius la considère, avec raison, comme incompatible avec la revendication, *Comm.* IV, § 4 : «.... Certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere : «SI PARET EUM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, «nobis dari potest; quum solum id *dari* nobis intelligatur, «quod nostrum fiat; nec res quæ nostra est, nostra amplius «fieri potest.» — Le jurisconsulte nous annonce, en même temps, qu'en haine des voleurs, et pour qu'ils ne puissent échapper à la nécessité de restituer, on a permis au propriétaire volé d'agir contre eux par condiction SI PARET EOS DARE OPORTERE; quoique le propriétaire ait aussi incontes-

*re*); 2° et que le juge doit apprécier cette prétention d'après le droit strict, l'admettre ou la rejeter en son entier, sans pouvoir en modifier les conséquences logiques par des motifs tirés de l'équité (1). — Mais cette notion si nette ne tarda pas à s'obscurcir, quand on étendit le nom de condiction à une foule d'autres actions personnelles qui se poursuivaient précédemment par *judicis postulatio,* et dans lesquelles on soutient que le défendeur *doit donner ou faire* quelque chose que la demande ne détermine pas avec précision : QUID-

---

tablement la revendication. Cette anomalie est suffisamment justifiée par la raison donnée dans le texte : la revendication suppose que la chose existe en la possession du défendeur ; or, il peut arriver fort souvent que le voleur ne possède plus, et que dès lors la revendication soit impossible ; la condiction furtive donne au propriétaire le moyen d'obtenir, sinon la chose même, tout au moins son estimation ; sans préjudice de la peine du double ou du quadruple qui se réclame par action séparée.

(1) C'est par ce second caractère qu'on distingue la condiction de certaines actions personnelles non qualifiées *condictiones,* quoique le demandeur y agisse en vertu d'un contrat par lequel le défendeur s'était obligé à lui transférer la propriété d'une somme déterminée. Telle est l'action du vendeur contre l'acheteur en payement du prix de vente : l'action *venditi* n'est pourtant pas une condiction parce que le juge peut, *ex bona fide,* modifier l'obligation de l'acheteur, soit en raison de la manière dont le vendeur a lui-même rempli ses engagements, soit en raison des prétentions contraires alléguées par l'acheteur.

QUID *paret dare* FACERE *oportere* (1) : il faut toutefois que la dette provienne d'une source qui donnerait lieu à la *condictio certi*, si l'objet promis était certain, c'est-à-dire d'une source unilatérale, comme stipulation, obligation littérale, ou legs *per damnationem*; et que, d'un autre côté, l'indétermination ne soit pas telle qu'elle puisse être considérée comme annulant l'obligation (2). Cette dernière espèce de condiction (*incerti condictio*) se rapproche beaucoup des actions de bonne foi : Zimmern a fait remarquer avec grande raison qu'elle était le chaînon entre la condiction proprement dite (*dare certum*) et les actions de bonne foi.

Mais cette ressemblance n'est pas telle qu'on puisse confondre la condiction incertaine avec l'action de bonne foi. Dans la condiction incertaine, l'indétermination, ou, en d'autres termes, la latitude dont jouit le juge provient uniquement de l'indétermination de l'engagement (3); tandis que, dans les actions dans lesquelles le juge est autorisé à juger *ex bona fide*, l'incertitude dérive de l'étendue des pouvoirs donnés au juge; de telle sorte qu'elle existe même pour les créances déterminées, comme seraient, par exemple, celles d'un prix

(1) Gaius, *Comm.* IV, §§ 53, 131, 136, et II, § 213. — Paul., L. 76, § 1, ff., *de Verb. oblig.*

(2) Marcel., L. 94; et Papinian., L. 115, ff., *de Verb. oblig.*

(3) *Voy.*, pag. 223, note 1.

de vente, d'un loyer, d'un dépôt. Ajoutons que les actions de bonne foi résultent de sources bilatérales, tandis que les condictions même incertaines naissent d'engagements unilatéraux.

Toute condiction, même *incerti*, est donc nécessairement une action de droit strict : si la réciproque était vraie, c'est-à-dire si toute action de droit strict était une condiction, la sous-division, que nous examinons dans ce §, ferait double emploi avec la division des actions de droit strict dont nous parlerons bientôt (1). Il est certain que ces deux distinctions coïncident en beaucoup de points, mais non peut-être en tous. En effet, la sous-division des actions personnelles en *condictiones* et actions *in personam* non qualifiées condictions, ne s'applique qu'aux actions *in jus* et laisse complétement en dehors les actions prétoriennes si nombreuses, dont l'*intentio* est conçue *in factum*. Par la manière dont elles sont libellées, les actions *in factum* ne paraissent soulever aucune question de droit (2), et, par conséquent, n'ont aucun rapport avec les formules des condictions *si paret dare facere oportere*. Pareillement, quand, sous le nom générique de *condictiones*, les jurisconsultes opposent les actions personnelles aux actions réelles, ils ne parlent que des actions personnelles conçues *in jus* : car les actions *in factum* sont absolument

(1) Telle est l'opinion de Zimmern, § LX.
(2) *Voy.* ci-dessus §§ 174, 269 et 270.

étrangères aux formes de langage qui avaient servi de base à la division des actions réelles et personnelles (1). Au contraire, la division des actions de bonne foi et de droit strict comprend les actions *in factum* et même, dans le nouveau droit, les actions *in rem*.

II. Maintenant, quelle importance pratique y avait-il à distinguer si soigneusement les condictions des autres actions personnelles ?

A vrai dire, cette importance me semble assez minime ; à moins que, comme Zimmern, on ne confonde complétement cette sous-division avec la division des actions de droit strict et de bonne foi ; et encore serait-elle alors peu importante, précisément à cause du double emploi.

Toutefois la condiction *certæ pecuniæ,* c'est-à-dire la condiction proprement dite, mérite, sous le rapport pratique, une attention particulière, en ce que tout porte à croire que la procédure de cette action était plus rapide que celle des autres actions personnelles. Dans une condiction *certæ pecuniæ,* la tâche du juge était, en effet, des plus simples ; puisque, d'une part le chiffre de la condamnation se trouvait fixé d'avance par celui de la demande ; et que, d'autre part, le juge n'avait point à se préoccuper des considérations d'équité dont l'appréciation devait rendre souvent

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 5. — Ulpian., L. 25, § 15, ff, *de Oblig. et actionib.*

si difficile le jugement des actions de bonne foi : le juge n'avait donc qu'à constater l'existence de la créance alléguée par le demandeur. Toutes les sources sont, au reste, d'accord pour nous présenter la condiction *certæ pecuniæ* comme une action à part (1).

En classant les diverses actions personnelles sous le rapport des difficultés qu'elles présentent au juge, on arrive aux résultats suivants. — Par les raisons précédemment déduites, la condiction *certæ pecuniæ* est, de toutes ces actions, celle qui exige du juge le moins de travail et le moins de sagacité. — Vient ensuite la condiction de tout autre *certum*, dans laquelle le juge doit évaluer en argent, ou, comme nous dirions chez nous, *liquider* la condamnation (2). — Dans la condiction *incerti*, le juge avait aussi toujours à ramener la demande à une somme certaine, opération qui devait souvent soulever des questions d'autant plus ardues que la demande elle-même n'était point déterminée; mais, dans ce cas, on restrei-

---

(1) Cicero, *pro Q. Roscio comœd.*, c. 4. — *Voyez*, en outre, le passage de la loi de la Gaule cisalpine, rapporté dans cet ouvrage, tome I^er, page 395, note 3. — Ajoutez que par cette expression *si certum petatur*, les jurisconsultes classiques indiquent toujours exclusivement la condiction *certæ pecuniæ* (*voy*. la Rubrique *de Rebus creditis et si certum petatur*, Digest., lib. XII, tit. 1, et, au Code, lib. IV, tit. 2. — Ulpian., L. 1, pr., ff., *de Condict. tritic.*).

(2) Il ne faut pas oublier que toute condamnation est toujours pécuniaire : *voir* tome I^er, § 177.

gnait habituellement l'arbitraire du juge par une taxation (1). — Enfin, dans les actions de bonne foi, le juge, n'ayant à suivre d'autre guide que sa conscience, avait à résoudre et à mettre en pratique les questions morales les plus difficiles; il devait, en outre, tempérer la condamnation en tenant compte des prétentions contraires du défendeur, ce qui venait singulièrement compliquer sa tâche.

Reproduisons ces mêmes idées en empruntant le langage technique des jurisconsultes romains. — Dans la condiction d'une somme certaine, la *condemnatio* de la formule détermine toujours la somme à laquelle le juge devra condamner le défendeur, et cette somme ne peut être différente de celle comprise dans l'*intentio* : *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia dare oportere, judex N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia condemna; si non paret, absolve* (2). Il y a, comme on voit, parfaite harmonie entre l'*intentio* et la *condemnatio*. — Dans la condiction d'une *certa res*, autre qu'une somme d'argent, la *condemnatio* ne correspond plus exactement à l'*intentio* : *Si paret N. Negidium A. Agerio fundum Capenatem dare oportere, quanti ea res erit, judex N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve* : le juge doit donc vérifier l'existence de

(1) *Voy*. tome I[er], § 178.
(2) Gaius, *Comm.* IV, §§ 47, 50, 51, 52.

la créance, puis estimer en argent la valeur de la chose due (1). — Dans la condiction incertaine, l'*intentio* et la *condemnatio* sont également vagues, et laissent au juge un pouvoir plus étendu : *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve*; ou bien avec taxation : ... *Quanti ea res erit, dumtaxat decem millia condemna* (2). — Dans l'action de bonne foi, l'addition des mots *ex bona fide* vient encore agrandir le cercle des pouvoirs du juge, et la *condemnatio* est alors toujours *infinita : Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur :* QUIDQUID *ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet* EX FIDE BONA *ejus;* ID *judex N. Negidium A. Agerio condemnato : si non paret, absolvito* (3).

§ 290. — Des cas auxquels s'appliquent soit la *Condictio certi*, soit la *Condictio incerti*.

I. La *condictio certi* naît : 1° de tout acte unilatéral de sa nature, ayant pour objet la transmission de la propriété d'une chose déterminée; tels sont le *mutuum* (4), l'obligation littérale (5), la

---

(1 — 2 — 3) *Voy.* les textes cités dans la note 2 de la page précédente.

(4) Pr. Instit., *Quib. mod. re contrah. oblig.* — C'est le *pecunia data* de Cicéron.

(5) Pr. Instit., *de Litter. obligat.* — C'est le *pecunia expensilata* de Cicéron.

stipulation (1), le legs *per damnationem* (2), la diction de dot (3), la promesse de certains ouvrages faite par l'affranchi à son patron (4). — 2° Elle résulte aussi de toute dation que je vous aurais faite d'une chose certaine, quand vous n'avez pas de motif honnête pour en conserver la propriété; c'est ce qui arrive notamment dans la *condictio indebiti*, la *condictio causa data, causa non secuta*, la *condictio sine causa*, la *condictio ob turpem causam* (5). — 3° Elle résulte encore immédiatement de toute loi ou sénatus-consulte qui établirait une peine déterminée contre l'auteur d'un dégât, par exemple de la loi *Aquilia;* et, dans ce cas, elle prend le nom de *condictio ex lege* (6). — 4° Enfin la *condictio certi* sert encore à réclamer les choses volées, *condictio furtiva* (7).

Cicéron n'a donc pas toute l'exactitude désirable quand il nous dit simplement: « Condictio « certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut « stipulata » (8). — Le *mutuum* (*pecunia data*), l'obligation littérale (*pecunia expensilata*) et la sti-

(1) Pr. Instit., *de Verb. oblig.*

(2) Gaius, *Comm.* II, § 204.

(3) Ulpian., *Regul. lib.*, VI, § 1 et 2.

(4) *Voy.* au Digeste le titre *de Operis libertorum* (XXXVIII, 1).

(5) *Voy.* au Digeste, lib. XII, tit. 4, 5, 6.

(6) Ulpian., L. 9, § 1, ff., *de Reb. cred.* et la rubrique Digest., lib. XIII, tit. 2.

(7) Ulpian., L. 7, § 1, ff., *de Condict. furtiv.* — § 14, Instit., *de Actionib.*

(8) Cicer., *pro Q. Rosc.*, c. 5.

pulation (*pecunia stipulata*), sont, il est vrai, les sources les plus fréquentes de condictions *certi ;* mais elles ne sont pas les seules, ainsi qu'on vient de le voir.

La *condictio certi* est la condiction proprement dite; aussi est-elle le plus souvent désignée dans les textes par le seul mot *condictio,* sans autre indication (1). Mais, entre toutes les condictions *certi,* les jurisconsultes mettent toujours à part, ou tout au moins en première ligne, la condiction *certæ pecuniæ,* à laquelle ils opposent, sous le nom générique de condiction *triticaria,* toutes les autres condictions, soit *certi,* soit *incerti* (2).

II. La *condictio incerti* naît des mêmes sources que la condiction *certi,* mais elle en diffère en ce que son objet est incertain, indéterminé : QUIDQUID PARET ADVERSARIUM DARE FACERE OPOR-

---

(1) Pr. et § 1, Instit., *Quibus modis re contrah. oblig.* — § 6, ibid., *de Oblig. quasi ex contractu.*

(2) Ulpian., L. 1, pr., ff., *de condict. tritic.* — Zimmern fait ingénieusement remarquer que cette expression *triticaria* confirme l'opinion que toutes les condictions ne sont des extensions de la *condictio certæ pecuniæ.* En effet, quand on voulut appliquer à d'autres objets qu'à l'argent, la condiction *certi,* on dut commencer par l'appliquer à d'autres choses fongibles et notamment au froment. Cette application nouvelle donna lieu à la dénomination de *triticaria* par opposition à la condiction *certæ pecuniæ ;* et cette dénomination devint ensuite une expression générique pour désigner toutes les condictions qui ne sont pas *certæ pecuniæ.* (Trad. d'Etienne, page 180.)

TERE. Quoique l'expression de *condictio incerti* se retrouve assez fréquemment dans les textes (1), cependant le plus ordinairement cette action est désignée par le simple mot *actio* avec indication de l'événement qui a donné naissance à l'obligation : *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, etc.

L'objet d'une obligation est certain (*certum*) quand il est déterminé, ou, comme le dit Gaius : « Quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, « quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, « fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici afri- « cani optimi modii centum, vini campani op- « timi amphoræ centum » (2). L'objet est incertain (*incertum*) quand la chose due n'est pas déterminée individuellement en qualité, quantité et genre; exemple : un esclave en général, cent mesures de blé, cent amphores de vin, sans indication de la qualité.

On peut maintenant se faire une idée des cas où s'appliquait la *condictio incerti;* nous ne citerons ici que ceux qui offrent quelque chose de particulier. — 1° L'action personnelle, par laquelle je réclamerais sur le fonds Cornélien l'usufruit qui m'a été légué *per damnationem*, ou que j'ai stipulé, est une *condictio incerti :* quoique le fonds en lui-même soit certain, l'usufruit est, de sa

(1) Ulpian., L. 12, § 2, ff., *de Condict. furtiv.* — Julian., L. 3, ff., *de Condict. causa data*, etc.

(2) Gaius, L. 74, ff., *de Verb. oblig.* — Cf. Paul., L. 6, ff., *de Reb. cred.*

nature, une chose incertaine : il en faut dire autant des autres servitudes (1). — 2° Il en est de même de l'action *ex testamento*, par laquelle je réclame un legs *sinendi modo* (2). — 3° Enfin c'est encore par la *condictio incerti* qu'il faudrait agir pour réclamer la libération d'une obligation (3).

La conception même des conditions incertaines (*quidquid paret dare facere oportere*) montre suffisamment que dans ces formules le demandeur ne pouvait être déchu pour plus-pétition (4). — Il n'en faut pas conclure qu'il ne courût aucun danger : en effet, la formule incertaine paraissant comprendre tous les droits du demandeur, celui-ci aurait souvent compromis sérieusement ses intérêts, s'il n'avait eu le soin de restreindre par des *prescriptions* le vague de l'*intentio* (5).

**§ 291. — Des autres actions *in personam* non qualifiées *condictiones*.**

Les autres actions *in personam* non qualifiées *condictiones* comprenaient : — 1° toutes les actions

---

(1) Ulpian., L. 75, § 3, ff., *de Verb. oblig.* — Marcian., L. 35, ff., *Serv. præd. urban.* — Paul., L. 1, ff., *de Usu, usufr. legat.*

(2) Gaius, *Comm.* II, § 213.

(3) Ulpian., L. 16, § 2, ff., *de Minorib.*; L. 5, *de Usufr. ear. rer.*; L. 3, *de Condict. sine causa*; L. 12, *de Nov.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 54.

(5) *Voy.* ci-dessus tome 1er, § 186, et ci-après le chap. III de ce livre.

de bonne foi (1); — 2° toutes les actions prétoriennes si nombreuses qui sont conçues *in factum* (2); — 3° les actions dans lesquelles l'*intentio*, quoique étant conçue *in jus*, ne tend ni à une *dation* ni à un *fait* (3).

Au surplus, comme les actions réelles, les actions personnelles viennent les unes du droit civil, les autres du droit prétorien. Sont civiles toutes les actions personnelles qui naissent des contrats, des quasi-contrats (*quasi ex contractu*), presque toutes celles qui viennent des délits et quasi-délits (*quasi ex delicto*). Les actions personnelles prétoriennes sont très-nombreuses : on peut citer notamment l'*actio furti manifesti*, *quod metus causa*, *de dolo malo*, *de pecunia constituta de jurejurando*, *de servo corrupto*, *de albo corrupto*, etc.

### I. *ACTIONS MIXTES* (TAM IN REM QUAM IN PERSONAM).

#### § 292. — S'il peut exister des actions mixtes dans le sens où on l'entend vulgairement.

De ce qui a été dit précédemment sur l'origine et la nature de la division des actions *in rem* et *in personam* (§§ 273 et 274), il résulte, avec la der-

(1-2) *Voy.* ci-dessus le § 289 et notamment les pages 223 et suiv.

(3) Comparez les termes des §§ 2 et 5 du *Comm.* IV de Gaius.

nière évidence, qu'une action ne pouvait être en même temps *in rem* et *in personam* : comment concevoir, en effet, une *intentio* dans laquelle le défendeur serait et ne serait pas nommé? Et lors même qu'on laisserait de côté les formules pour s'attacher uniquement à la nature absolue des actions réelles et personnelles, l'incompatibilité serait toujours la même : l'action personnelle étant celle par laquelle *je soutiens que mon adversaire est obligé envers moi*, et l'action réelle étant celle par laquelle j'agis *sans alléguer aucune obligation de la part de mon adversaire,* il est évident que ces deux prétentions s'excluent l'une l'autre. Je ne veux pas dire par là, cependant, que la même personne ne puisse pas avoir, à l'occasion d'une même chose, deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle; car cela arrive, au contraire, très-fréquemment. Par exemple, le déposant, le commodant, le débiteur gagiste, le locateur, bien entendu en les supposant propriétaires de la chose qui a fait l'objet du dépôt, du commodat, etc., peuvent agir contre le dépositaire, le commodataire, le créancier gagiste et le locataire, soit par l'action *personnelle* résultant du *contrat,* soit par l'action *réelle* résultant de la *propriété*. Mais de ce que, dans les cas précités et autres analogues, le demandeur a le choix entre deux actions de natures diverses, il n'en résulte nullement que, dans l'expression de sa prétention, il puisse confondre les deux causes, en vertu desquelles il peut agir; et alors même qu'il pourrait les cumuler, la force des

choses l'obligerait toujours à les énoncer séparément; par exemple : « Je soutiens que Titius *est obligé*, par contrat de dépôt, à me restituer telle chose; *subsidiairement*, que ne fût-il pas obligé par dépôt, la chose *m'appartient*, et qu'ainsi j'ai le droit de la reprendre contre tout détenteur. » Ou bien à l'inverse : « Je soutiens que telle chose *m'appartient*, et qu'ainsi j'ai le droit de la reprendre contre tout détenteur ; *subsidiairement*, je soutiens qu'alors même que la chose ne m'appartiendrait pas, Titius, mon adversaire, serait obligé de me la restituer, parce qu'il y a entre lui et moi un contrat de dépôt qui lui en impose l'obligation » (1). Le demandeur pourra agir de l'une ou de l'autre façon, selon qu'il lui paraîtra plus facile ou plus avantageux de prouver l'existence du *contrat* ou celle de la propriété. Mais, alors même que la loi permettrait (2) de réunir ainsi dans une demande

(1) *Voy.* C. C., art. 1938.

(2) Cela n'aurait certainement pas été possible, du moins en général, dans la procédure formulaire. — Dans la procédure française, au contraire, rien ne s'oppose à ce que le demandeur justifie ses conclusions par des motifs d'ordres divers, si d'ailleurs le fond du droit ne s'y oppose pas. Les principes de notre Code sur la propriété mobilière nous offrent un exemple remarquable d'un tel cas d'impossibilité: le déposant peut très-bien, pendant trente ans, réclamer le dépôt en agissant contre le dépositaire par l'action *personnelle* résultant du contrat; mais il n'est jamais admissible à réclamer la chose en se fondant uniquement sur son droit de propriété : c'est là le sens véri-

deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle, il y aurait juxta-position, emploi simultané de deux actions; mais il n'y aurait pas une action mixte.

Cependant, nous lisons dans le paragraphe 20, aux Institutes, *de Actionibus :* « Quædam actiones « mixtam causam obtinere videntur, *tam in rem « quam in personam :* qualis est *familiæ erciscundæ* « actio, quæ competit cohæredibus de dividenda « hæreditate; item *communi dividundo*, quæ inter « eos redditur inter quos aliquid commune est, ut « id dividatur; item *finium regundorum*, quæ inter « eos agitur qui confines agros habent. In quibus « tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex « litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si « unius pars prægravari videbitur, eum invicem « certa pecunia alteri condemnare. » Ce texte célèbre a été reproduit par un grand nombre d'auteurs, qui ne paraissent pas avoir seulement soupçonné les questions auxquelles il donne lieu : d'autres ont aperçu la difficulté et ont proposé diverses explications.

On avait d'abord pensé que ce passage pouvait s'entendre en ce sens : « Certaines actions ont une nature mixte, et de ces actions on en trouve tant parmi les actions personnelles, que parmi les actions réelles. » Cette interprétation s'appuyait sur plusieurs passages dans lesquels les mots *tam in*

---

table de la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre* (C. C., art. 2279).

*rem quam in personam* présentent effectivement le sens que nous venons d'indiquer (1). Mais cette explication a dû être abandonnée : en effet, les seules actions auxquelles puisse s'appliquer l'ensemble du paragraphe 20, sont les trois actions divisoires, *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum ;* or, ces trois actions sont *in personam* (2).

D'autres ont cru trouver l'explication de ce passage dans un texte d'Ulpien, inséré au *Digeste*, et qui est ainsi conçu : « *Mixtæ* actiones in quibus « *uterque actor est*, ut puta finium regundorum, « familiæ erciscundæ, communi dividundo, inter- « dictum uti possidetis, utrubi » (3). Dans ce système, le mot *mixte* présenterait le même sens que le mot *double* dont Gaius se sert pour caractériser les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, en les considérant du même point de vue qu'Ulpien (4). Pour concevoir ce double rôle, il suffit de se rappeler que, d'après la conception ordinaire des formules, la condamnation ne peut, en général, tomber que sur le défendeur; tout le risque que court le demandeur est de voir absoudre son adversaire : Si

(1) §§ 31 et 3, Instit., *de Actionib.*— Pr., *de Perpet. et temporal.*

(2) §§ 3 et 4, Instit., *de Obligat. quasi ex contr.* — Paul., L. 1, ff., *Finium regund.* — Justinian., L. 1, § 1, C., *de Ann. except.*

(3) Ulpian., L. 37, § 1, ff., *de Oblig. et actionib.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, §§ 158, 159, 160.

PARET... N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE... Par exception à la règle, dans les trois actions divisoires, la condamnation peut tomber aussi bien sur le demandeur que sur le défendeur; car si, usant du pouvoir que lui confère l'*adjudicatio* de la formule (1), le juge, pour éviter un morcellement nuisible, adjuge à l'une des parties la totalité de la chose indivise, il doit, en même temps, pour rétablir l'égalité, condamner cette partie à payer une soulte à l'autre (2). Cette explication est vraie, sans doute; et le double rôle que joue chacune des parties dans les actions divisoires est incontestable; mais cela n'explique nullement pourquoi on dit de ces actions qu'elles sont *in rem* et *in personam* : il faut donc chercher ailleurs.

Dans ses Institutes expliquées, M. Du Caurroy, désespérant sans doute d'expliquer la difficulté, s'efforce de la supprimer; il ne dénoue pas le nœud gardien, il le tranche. A cet effet, cet auteur prétend que, dans le passage en discussion, les expressions *in rem* et *in personam* ne doivent pas être prises dans le sens technique qu'elles comportent habituellement : elles signifieraient seulement que dans les actions divisoires le juge a un double pouvoir, pouvoir sur les choses pour

(1) *Voyez* tome Ier, § 175 et les trois paragraphes suivants.

(2) § 20, Instit., *de Actionib.* — §§ 4, 5, 6, 7, 8, ibid., *de Offic. judic.*

les adjuger (*in rem, in res*), pouvoir sur les personnes (*in personam, in personas*) pour les condamner à payer des soultes (1). — Cette manière de sortir d'embarras, qui avait déjà été indiquée par Pothier (2), rentre, sous plusieurs rapports, dans l'explication précédente, et, quoique elle repose sur une donnée exacte, néanmoins elle ne nous semble pas admissible. En premier lieu, si cette manière de voir était vraie, ce ne serait pas seulement les trois actions divisoires qui seraient *mixtes*, mais aussi toutes les actions *in rem*, et notamment la *pétition d'hérédité* (3) : or, le § 20, aux Institutes, *de Actionibus*, semble bien ne reconnaître qu'aux trois actions divisoires le caractère d'actions *mixtes*, quel que soit d'ailleurs le sens qu'il faille attacher à cette dénomination. En second lieu, quand on rapproche sans préoccupation le § 20 de la loi première, au Digeste, *finium regundorum*, où il est dit : « Finium regundorum « actio *in personam* est, *licet pro vindicatione rei*

(1) Ulpian., L. 22, § 4, ff., *Famil. ercisc.* — L. 4, § 3, ff., *Comm. divid.*

(2) Pothier, *ad Pandect.* : lib. X, tit. 2, n° XIX.

(3) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Hær. pet.* : « Petitio hæreditatis etsi *in rem* actio sit, habet tamen *præstationes* quasdam *personales*, ut puta eorum quæ a debitoribus sunt « exacta, item pretiorum. » — Il faut rapprocher ce texte de cet autre qui est également d'Ulpien, L. 22, § 4, *Famil. ercisc.* : « Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, « id est *rebus* atque *præstationibus* quæ sunt personales actiones. »

« *sit,* » on demeure convaincu que les mots *in rem* et *in personam* du § 20 doivent bien être pris dans leur sens technique; et qu'ainsi, à tort ou à raison, les Romains avaient cru apercevoir, dans les trois actions divisoires, un mélange d'action réelle et d'action personnelle.

Mais comment de si habiles analystes avaient-ils pu croire à la coexistence, dans une même action, de deux caractères dont l'incompatibilité est si bien démontrée? Je ne puis admettre qu'ils aient jamais pensé qu'une même action contînt ces deux caractères sous le même point de vue; mais n'est-il pas possible qu'ils aient voulu dire qu'une même action pouvait les réunir, en la considérant sous deux points de vue différents? Le sens du § 20, expliqué par la L. 1, *finium regundorum*, nous paraît être celui-ci : certaines actions ont une nature mixte, en ce sens que, quoique leur *intentio* soit conçue *in personam*, elles conduisent ou peuvent conduire au même résultat qu'une action *in rem*, c'est-à-dire à une déclaration de propriété au profit du demandeur. C'est ainsi qu'en sens inverse, la pétition d'hérédité, qui est incontestablement une action réelle, conduit néanmoins fort souvent aux mêmes résultats que ceux que l'on eût obtenus par une action personnelle (1).

Au surplus, on ne doit pas s'étonner que les trois actions divisoires eussent un caractère par-

(1) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Hær. pet.*, et, ci-dessus, page 139, note 1.

ticulier. Ces trois actions étaient les seules dont la formule contînt la partie appelée *adjudication* (§ 175); et il serait vraiment bien extraordinaire que l'introduction dans la formule d'un élément si important eût pu avoir lieu, sans qu'il en résultât pour ces trois actions une physionomie et une nature à part. Ce résultat n'avait pu manquer de frapper les jurisconsultes romains; et ils s'efforcent d'en rendre compte à l'aide d'expressions déjà consacrées (*in rem, in personam*), qui peut-être n'ont pu rendre complétement leur idée.

§ 293. — Suite des actions mixtes : — I. Action FINIUM REGUNDORUM.

On a déjà parlé de la procédure particulière aux procès ayant pour objet la délimitation des fonds ruraux. On a vu que, d'après la loi des XII Tables, les controverses relatives aux *fines*, ou espace de cinq pieds de large qui, d'après la loi Mamilia, devait être laissé entre les champs voisins, étaient renvoyées devant trois arbitres qui se faisaient assister d'*agri mensores* (§ 239). Sous la procédure formulaire, l'action en bornage se porte devant un seul juge, qui se fait également assister d'*agri mensores*.

Cette action embrassait deux objets principaux, le règlement des limites et des condamnations pécuniaires.

Le juge devait d'abord chercher à reconnaître les limites, par l'inspection des anciens monuments,

le rapport des *agri mensores* et les registres publics du cens; il pouvait aussi ordonner des arpentages, afin de s'assurer de la contenance respective des deux fonds (1). La limite une fois reconnue, le juge ordonnait la restitution du terrain usurpé, ainsi que la destruction des plantations ou constructions qui empiétaient sur la limite. Le refus d'obéir entraînait contre le récalcitrant une condamnation pécuniaire (2). La condamnation comprenait aussi les dommages-intérêts en raison des délits que l'un des voisins aurait commis au sujet des limites, soit en les déplaçant, soit en les faisant disparaître (3).

Quand la limite réelle paraissait au juge trop difficile à reconnaître ou à conserver, il entrait dans ses pouvoirs d'y substituer une limite nouvelle, en adjugeant à chacun des voisins la propriété des portions de terre que la limite nouvelle enlevait à l'autre; sauf à condamner celui qui recevait ainsi plus de terre qu'il n'en perdait à payer à l'autre une soulte en argent (4).

---

(1) Ulpian., L. 8, § 1; Papinian., L. 11; Paul., L. 12, ff., *Finium regund.*

(2) Paul., L. 4, § 3; Modest., L. 7; Ulpian., L. 8, ff., *Finium regund.* — Sous ce rapport, l'action *finium regundorum* rentrait dans la classe des actions arbitraires dont nous parlons ci-après, § 303.

(3) Paul., L. 4, § 4, ff., *Finium regund.* — Il y avait, en outre, contre le déplacement frauduleux des bornes, une action populaire et des peines publiques : *voir*, au Digeste, le titre *de Termino moto*, et ci-devant, page 5, à la note.

(4) § 6, Instit., *de Offic. judic.* — Ulpian., L. 2, § 1; Gaius,

Régulièrement, l'action en bornage n'appartenait qu'au propriétaire; mais on l'accordait utilement à l'usufruitier, à l'emphytéote et au créancier gagiste (1).

L'action *finium regundorum* était autrefois imimprescriptible. Depuis la constitution de Théodose qui réduisit à 30 ans la durée de toutes les actions qui auparavant avaient une durée indéfinie, on distingua par rapport à l'action *finium regundorum*. Cette action est-elle employée comme moyen de recouvrer les parties de terrain usurpées par le voisin, elle se prescrit par 30 ans, comme la revendication dont elle tient alors la place. Est-elle, au contraire, employée dans le seul but de faire cesser la confusion des limites, elle est imprescriptible : il serait en effet absurde qu'un laps de temps quelconque pût obliger deux voisins à vivre dans l'espèce d'indivision qui naît de l'absence de limites (2).

### § 294. — Suite des actions mixtes : — II. Action FAMILIÆ ERCISCUNDÆ.

I. L'action en partage d'hérédité (*familiæ erciscundæ*) ne doit pas être confondue avec la pétition d'une quote-part d'hérédité. La pétition d'hérédité

---

L. 3, ff., *Finium regund.* — Dans notre droit français, les juges sont loin d'avoir un tel pouvoir.

(1) Paul., L. 4, § 9, ff., *Finium regund.*

(2) Les textes à cet égard sont très-obscurs : *voy.* Vinnius, *Select. quæst.*, I, 34.

est une action réelle qui a pour but de faire reconnaître au demandeur la qualité d'héritier qu'on lui conteste; l'action *familiæ erciscundæ* est, au contraire, une action personnelle, *quasi ex contractu,* qui suppose que la qualité d'héritier est reconnue au demandeur. Si le défendeur à l'action entend contester au demandeur la qualité d'héritier, il peut le repousser par l'exception *si in ea re, de qua agitur, præjudicium hæreditati non fiat;* sauf au demandeur à faire reconnaître sa qualité par une action en pétition d'hérédité (1). Toutefois, si le demandeur possède la part d'hérédité à l'occasion de laquelle il demande le partage, comme il ne peut, en ce cas, agir par pétition d'hérédité, puisqu'il possède, le juge, saisi de l'action *familiæ erciscundæ,* connaîtra incidemment de la question concernant la qualité d'héritier (2).

II. L'action *familiæ erciscundæ* comprend deux chefs principaux, des prestations personnelles et une adjudication de propriété (3).

Les prestations personnelles se réfèrent: 1° au payement des soultes auxquelles doit être condamné celui à qui est adjugé un lot supérieur en valeur à sa part héréditaire; 2° à l'obligation réciproque qu'ont tous les héritiers de se tenir compte

---

(1-2) Gaius, L. 1, § 1, ff., *Famil. ercisc.* — Cf. Julian., L. 51, § 1, *eod.*

(3) Ulpian., L. 22, § 4, ff., *Famil. ercisc.* : «Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est, *rebus* atque «*præstationibus* quæ sunt personales actiones.»

des profits et des pertes qui ont pu résulter pour eux de la possession ou de la gestion de tout ou partie de la succession indivise. Chaque héritier est tenu de donner à la gestion de l'hérédité les mêmes soins qu'il donne à ses propres affaires (1).

L'adjudication comprend la composition des lots et leur attribution aux divers héritiers : par là, chaque héritier se trouve échanger un droit de propriété indivise dans le tout, contre un droit de propriété privative sur une partie déterminée.

Pour la composition des lots, le juge jouissait d'un pouvoir très-étendu : il pouvait adjuger à chacun un objet entier, ou bien une portion déterminée dans chacun des objets héréditaires (2); adjuger à l'un la nue propriété, à l'autre l'usufruit (3); et même, si la division paraissait impossible ou trop difficile, adjuger le tout à un seul des co-partageants; sauf à condamner celui qui obtient un lot d'une valeur supérieure à sa part héréditaire à payer une soulte aux autres (4).

---

(1) Pour les détails, *voir* les *Pandectes* de Pothier, liv. X, tit. 2, 3e partie, section 2.

(2) Ulpian., L. 22, §§ 1, 2 et 3; Julian., L. 52, § 2, ff., *Famil. ercisc.*

(3) Ulpian., L. 16, § 1, ff., *Famil. ercisc.* — Idem, L. 6, § 10, *Comm. divid.*— Javoleu., L. 18, *eod. titul.*—Chez nous, le juge ne pourrait imposer aux parties un tel mode de partage.

(4) § 5, Instit., *de Offic. judic.* — Quand, chez nous, la chose indivisée est reconnue impartageable, le juge doit en ordonner la licitation (C. C., art. 827). Au reste, les Ro-

III. L'action en partage ne porte que sur la division des corps héréditaires : les créances (*nomina*) et les dettes (*æs alienum*) n'exigent aucun partage; car une disposition de la loi des XII Tables les divisait de plein droit entre tous les cohéritiers en proportion des parts héréditaires (1).

IV. L'adjudication des lots n'avait pas à Rome d'effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession; chaque héritier n'était réputé propriétaire des objets compris dans son lot que du jour de l'adjudication; en conséquence, l'hypothèque consentie avant le partage, par l'un des cohéritiers sur sa part indivise, continue à subsister, après partage, moitié sur son lot et moitié sur celui de son cohéritier (2). — Notre Code civil n'a pas suivi en ce point le droit romain : d'après l'article 882, chaque héritier est réputé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation. Cette ingénieuse fiction prévient bien des difficultés et des complications.

V. L'action *familiæ erciscundæ* ne peut, en général, être exercée qu'une seule fois, entre mêmes personnes, relativement à une même hérédité : si donc, lors d'un premier partage, quelques objets

---

mains connaissaient aussi la licitation; mais elle n'avait pas les mêmes caractères que chez nous : Cf. Alexand., L. 3, C., *Comm. divid.*

(1) Ulpian., L. 2, § 5; Gaius, L. 3, ff., *Famil. ercisc.* — Gordian., L. 6, C., *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 6, § 8, ff., *Comm. divid.*

héréditaires ont été omis, les cohéritiers ne peuvent plus agir à cet égard que par l'action *communi dividundo* (1).

§ 295. — Suite des actions mixtes. — III. Action COMMUNI DIVIDUNDO.

I. L'action *familiæ erciscundæ* est spéciale à l'indivision d'hérédité; l'action *communi dividundo* est générale, et se donne dans tous les cas où, par une cause quelconque, une chose se trouve appartenir en commun à plusieurs; soit que cette communauté soit volontaire et résulte d'une société, soit qu'elle soit involontaire et accidentelle, comme cela arrive quand une même chose a été léguée à plusieurs, ou lorsqu'il s'établit confusion entre des choses appartenant à divers propriétaires (2).

Au surplus, la forme et les effets de l'action *communi dividundo* sont, presque en tout, les mêmes que dans l'action *familiæ erciscundæ* (3).

II. L'action *communi dividundo* n'appartient régulièrement qu'à ceux qui sont copropriétaires; mais elle se donne utilement à l'emphytéote, à l'usufruitier, au créancier gagiste (4).

---

(1) Ulpian., L. 20, § 4, ff., *Famil. ercisc.* — Cf. Paul., L. 44, § 2, *eod.;* Diocl. et Max., L. 17, C., *eod. tit.*

(2) Paul., L. 1; Gaius, L. 2; Paul., L. 8, § 1, ff., *Comm. divid.* — §§ 27 et 28, Instit, *de Rer. divis.*

(3) § 5, Instit., *de Offic. judic.*

(4) Ulpian., L 7. pr., §§ 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 et 11, ff., *Comm. divid.*

## SIXIÈME DIVISION.

### Actions préjudicielles (*præjudicia*).

---

#### § 296. — Caractères généraux des *præjudicia*.

Les actions préjudicielles se distinguent de toutes les autres, par ce caractère remarquable que leur formule se compose uniquement d'une *intentio,* sans *condemnatio* (§§ 180 et 189, 4°). C'est qu'en effet, dans les actions préjudicielles, le demandeur se propose seulement de faire constater judiciairement une qualité ou un fait, sans prétendre en tirer, au moins pour le moment, la conséquence d'aucune prestation à la charge du défendeur: soit que cette constatation soit de nature à procurer par elle-même un avantage suffisant; soit que le demandeur ait en vue d'utiliser ultérieurement cette constatation, pour intenter une action proprement dite, but qu'il n'est point tenu de faire connaître (1).

Justinien fait remarquer que les actions préjudicielles avaient beaucoup de ressemblance avec les actions réelles : « Præjudiciales actiones in « rem esse videntur » (2). Cette assimilation est

---

(1) Ulpian., L. 6, ff., *Si ingen.* — Cf. Aurel. Victor, *Ars rhet.*, II, § 5.

(2) § 13, Instit., *de Actionib.* — Ulpien (L. 35, § 2, ff., *de*

exacte sous plusieurs rapports. Il est certain d'abord que, dans le *præjudicium* comme dans l'action réelle, le demandeur ne présente point le défendeur comme étant *obligé;* l'*intentio* est donc, dans l'un et l'autre cas, conçue en termes absolus. En second lieu, on a la preuve que plusieurs demandes, qui primitivement étaient présentées sous la forme d'une action proprement dite, sont devenues dans la suite de simples *præjudicia:* telle est notamment la demande tendant à faire reconnaître la qualité d'homme libre, sur laquelle nous reviendrons dans le § suivant. Enfin la plupart des actions préjudicielles se rapportent à des questions d'état : or, bien que les jurisconsultes romains, en traitant de la division des droits en *jura in rem* et *jura in re,* ne s'occupent jamais que des droits qui se rapportent au patrimoine, il n'en est pas moins vrai qu'au fond les qualités qui constituent l'état des personnes sont de véritables droits absolus, *adversus omnes,* et par conséquent des droits réels, dans l'acception la plus large de ce mot : il n'est donc pas étonnant que l'*intentio* de ces formules fût conçue en termes absolus comme celle des actions *in rem.*

Cette formule, dont les textes ne nous ont pas conservé un seul exemple, était vraisemblablement conçue ainsi : JUDEX ESTO : PRÆJUDICIUM FIAT (ou peut être : PRÆJUDICIO QUÆRITO) AN DIO, EROTIS

---

*Procurat.,* et L. 37, *de Obl. et act.*) place les *præjudicia* en dehors des actions soit réelles soit personnelles.

FILIUS, LUCII SEII LIBERTUS SIT; ou plus simplement encore : JUDEX ESTO : AN DIO, EROTIS FILIUS, LUCII SEII LIBERTUS SIT, QUÆRITO (1).

**§ 297. — Espèces principales d'actions préjudicielles et notamment du *liberale judicium*.**

Sur la foi de l'énumération incomplète donnée par Justinien, on croyait autrefois que toutes les actions préjudicielles avaient pour objet de faire décider des questions d'état (2). Gaius a rectifié cette opinion, en nous apprenant qu'il y avait des *præjudicia* parfaitement étrangers à l'état des personnes : le *præjudicium quanta sit dos* (3), et celui tendant à faire vérifier si des *sponsores* ou des *fidepromissores* ont été avertis comme le veut la loi (4). Au reste, on aurait dû le soupçonner bien auparavant; car on trouvait des traces d'autres *præjudicia* de même espèce dans des sources déjà anciennement connues : ainsi, au Digeste, il est question du *præjudicium : An bona jure vænierint* (5); et, dans les Sentences de Paul, de celui :

(1) Arg. Gaius, *Comm.* III, § 123; Paul., *Sent. recept.*, V, 9, § 1. — *Voy.* Heffter, *in Gaii Comm. observat.*, p. 60. — On trouve dans les textes les expressions *præjudicio experiri, præjudicio postulare* : Papir., L. 30, ff., *de Reb. auct. judic.* — Ulpian., L. 35, § 2, ff., *de Procurat.*

(2) § 13, Instit., *de Actionib.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 44.

(4) Gaius, *Comm.* III, § 123.

(5) Papir. Just., L. 30, ff., *de Reb. auct. judic.*

*An res sestertiorum centum millia major sit* (1). Il est hors de doute qu'il devait y avoir une foule d'autres cas dans lesquels le préteur accordait ainsi des actions préjudicielles.

Disons maintenant quelques mots des principales actions préjudicielles.

I. *Liberale judicium.* — Les procès relatifs à la liberté pouvaient se présenter sous une double forme : ou bien on revendiquait comme esclave une personne ayant la possession d'état de liberté (*vindicatio in servitutem*) : le procès de Virginie nous en offre un exemple mémorable; ou bien, au contraire, on voulait faire déclarer libre un individu qui, de fait, se trouvait en esclavage (*vindicatio in libertatem*) (2).

Dans la procédure des actions de la loi, l'un et l'autre procès touchant la liberté se jugeaient dans la forme ordinaire des revendications mobilières : il y avait *vindicatio* et contre-*vindicatio*, imposition de vindicte, *manuum consertio*, etc. (§ 147). Le magistrat réglait ensuite le possessoire, c'est-à-dire, déterminait celle des parties qui avait à faire la preuve soit de la liberté, soit de la servitude; mais, quelle que fût sa décision à cet égard, l'individu dont l'état était en question jouissait, pendant le litige, de la liberté de fait (3). Dans l'un et l'autre cas, aussi, celui dont la liberté était

(1) Paul., *Sent. recept.*, V, 9, § 1.
(2) Ulpian., L. 7, § 5, ff., *de Liberal. caus.*
(3) Tit. Liv., III, 44 et 45.

contestée ne pouvait figurer dans le procès comme partie : il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen qui se portait champion de la liberté (*assertor libertatis*) et qui soutenait le procès à ses risques et périls (1).

Sous le régime formulaire, la *vindicatio in servitutem* continua à être considérée comme une action ordinaire, qui se poursuivait soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam* (2); mais la *vindicatio in libertatem* cessa d'être une revendication ordinaire (avec *condemnatio*) pour devenir une action préjudicielle (sans *condemnatio*) (3). — Le possessoire ne se réglait pas au moyen d'interdits, comme dans les actions ordinaires : le magistrat décidait lui-même laquelle des parties jouerait soit le rôle

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 14. — Paul., *Sent. recept.*, V, 1, § 5. — Martial., *Epigr.*, I, 53. — Justinien présente l'*assertor libertatis* comme également indispensable aussi bien dans la *vindicatio in servitutem* que dans la *vindicatio in libertatem* (L. 1, C., *de Assert. toll.*) : j'ai quelque peine à croire qu'il en fût ainsi; car que serait-il arrivé si un homme libre, revendiqué comme esclave, n'eût trouvé personne qui voulût prendre sa défense?

(2) Ulpian., L. 8, et L. 12, § 5, ff., *de Liberal. caus.*

(3) Zimmern pense que cette transformation ne s'opéra que dans les derniers temps de la jurisprudence classique; il s'appuie sur cette circonstance que Gaius, en énumérant les *præjudicia* (*Comm.* IV, § 44), ne fait point mention du litige sur la liberté, qu'il aurait dû cependant mettre en première ligne, si de son temps un tel litige eût déjà fait l'objet d'un *præjudicium* (trad. d'Étienne, § 65, note 8).

de demandeur, soit le rôle de défendeur (1). On avait, au surplus, conservé les anciens principes touchant la nécessité de l'*assertor* (2) et la liberté provisoire, pendant le litige, de celui dont l'état civil était en question (3). — La sentence rendue entre l'*assertor* et celui qui contestait la liberté avait la force de la chose jugée, quand elle proclamait la liberté ; dans le cas contraire, celui qui avait été déclaré esclave pouvait encore se prétendre libre et faire juger, jusqu'à trois fois, la question de sa liberté (4).

Justinien supprime la nécessité de l'*assertor libertatis,* et permet à celui dont la liberté est contestée d'intenter l'action ou d'y défendre, soit par lui-même, soit par procureur; mais il veut, en même temps, que la sentence qui interviendra, alors même qu'elle prononcerait contre la liberté,

---

(1) Ulpian., L. 7, § ult., ff., *de Liberal. caus.* : «Si quis ex «servitute in libertatem proclamat, petitoris partes susti-«net; si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes «actoris sustinet qui servum suum dicit. Igitur, cum de «hoc incertum est, ut possit judicium ordinem accipere, «ante apud eum qui de libertate cogniturus est, discep-«tatur utrum ex libertate in servitutem, aut contra agatur.»

(2) Aux autorités citées page 214, note 2, joignez Constantin., L. 1, 2, 3 et 4 ; C. Theod., *de Liberal. caus.*

(3) Et cette liberté, quoique provisoire et de fait, avait des effets fort importants : Paul., L. 24 ; Gaius, L. 25 ; Arr. Menand., L. 29, ff., *de Liberal. caus.* — Cf. Alexand., L. 1, C., *Qui dar. tut.*

(4) Gaius, L. 25, § 1, *de Liberal. caus.* — Martial., *Epigr.*, I, 53.

obtienne du premier coup l'autorité de la chose jugée (1). — Dans le cas où l'individu dont l'état est contesté ne voudrait ou ne pourrait soutenir le procès, ses parents, ses parentes, son épouse ou son patron, pourront intenter l'action, ou y défendre (2).

II. *Præjudicium de libertinitate.* — Cette action préjudicielle était soumise à des règles analogues à celles qui viennent d'être exposées ; sauf que l'*assertor* y était évidemment inutile. Le litige se présentait aussi sous une double forme, suivant qu'il s'agissait de faire déclarer affranchi une personne ayant la possession d'état d'ingénu ; ou réciproquement, ingénu celui qui avait la possession d'état d'affranchi (3).

III. Y avait-il un *præjudicium* pour les contestations relatives à la qualité de citoyen ? Ni Gaius ni Justinien n'en font mention ; mais l'analogie ne permet pas de douter qu'il n'en fût ainsi (4).

IV. Les trois actions préjudicielles dont il vient d'être parlé ne pouvaient être soulevées après la

(1) Justinian., L. 1, C., *de Assert. toll.*

(2) Ulpian., L. 1, 3 et 5 ; Gaius, L. 2 et 4, ff., *de Liberal. caus.*

(3) *Voyez*, au Digeste, les titres : *Si ingenuus esse dicatur*, et *de Collusione detegenda*, lib. XL, tit. 14 et 16.

(4) Térence, *Eunuch.*, IV, 7, vers. 35, fait mention d'une triple question d'état, *de libertate, de civitate, de familia* :

CH. Principio eam esse dico LIBERAM. — THR. Hem !
CH. CIVEM atticam. — THR. Hui !
CH. Meam SORORRM. — THR. Os durum !

mort de celui dont elles mettaient l'état en question ; à moins que ce ne fût incidemment, et comme une question préalable de laquelle aurait dépendu la décision d'une autre difficulté (1). Même dans cette hypothèse, il n'était pas permis de contester l'état dont le défunt était en possession au moment de sa mort, quand il s'était écoulé cinq ans depuis le décès, si toutefois il s'agissait de lui attribuer une condition inférieure à celle qu'il avait possédée ; car, dans le cas contraire, l'action pouvait être exercée, même après les cinq ans (2).

La règle qui défend de contester l'état du défunt ne s'appliquait pas aux contestations qui, laissant intact l'état politique (liberté, cité, ingénuité), n'auraient porté que sur l'état civil, *stricto sensu ;* par exemple : un tel est-il *sui* ou *alieni juris?* parent ou non parent de telle personne ? telle femme est-elle épouse légitime de tel homme ? le mari de la femme est-il le père de l'enfant (3) ?

(1) Diocl. et Max., L. 13, C., *de Liberal. caus.*

(2) Marcian., L. 1; Hermogen., L. 3; Callistrat., L. 4, ff., *Ne de statu defunct.* — Valer. et Gallien., L. 6, C., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Rei vindicat.* — Antonin., L. 2, C., *de Ord. jud.* — Ulpian., L. 1, § 1; et L. 3, § 4, ff., *de Partu agnosc.* — Gordian., L. 5, C., *Ne de statu defunct.*

## SEPTIÈME DIVISION.

Actions *rei persequendæ, pœnæ persequendæ* et *mixtæ* (1)

### § 298. — Caractères généraux et espèces.

La division dont nous nous occupons maintenant est tirée (comme en partie les deux précédentes) du but que se propose celui qui intente l'action. Tantôt le demandeur réclame seulement la réparation du préjudice qu'il éprouve, c'est-à-dire, le recouvrement de ce dont il est privé (*rei persequendæ actio*); tantôt il demande que son adversaire soit condamné à une peine (*pœnæ persequendæ actio*), et cette peine n'est point un obstacle à ce qu'il poursuive plus tard, par une action séparée, la réparation du préjudice éprouvé; quelquefois enfin il réclame simultanément l'un et l'autre par une seule et même action (*actio rei et pœnæ persequendarum*). Dans ce dernier cas, l'action est appelée *mixte*, mais dans un tout autre sens que celui qui nous a occupé plus haut, § 292.

I. Actions *rei persequendæ*. — Sont *rei persequendæ* les actions réelles et toutes les actions personnelles naissant des contrats et des quasi-contrats, excepté toutefois l'action de dépôt misérable

(1) § 16, Instit., *de Actionib.*

et l'action *ex testamento* dans le legs *per damnationem* (1).

II. Actions *pœnæ persequendæ*. — Ce sont en général les actions qui naissent des délits, par exemple, l'*actio furti manifesti*, qui est donnée au quadruple, et l'action *furti nec manifesti* au double, sans préjudice du droit, que conserve la personne volée, de réclamer ensuite la chose dérobée, soit par revendication, soit par condiction furtive (2).

III. Actions *mixtes*. — Elles sont assez nombreuses, et, pour la plupart, naissent des délits. Nous allons parcourir les principales.

L'action *vi bonorum raptorum* se donne au quadruple ; mais comme la valeur de la chose s'y trouve comprise, et qu'une fois le quadruple obtenu, le demandeur n'a plus rien à réclamer, on dit que l'action est mixte, *rem et pœnam continens*. Cependant, au témoignage de Gaius, quelques jurisconsultes avaient regardé cette action comme purement pénale, et, par conséquent, avaient pensé que l'obtention de la peine n'était point un obstacle à ce que le spolié revendiquât la chose par action séparée, comme dans l'action *furti manifesti;* mais leur opinion n'a pas prévalu (3).

L'action de la loi *Aquilia* est mixte dans un double sens : d'un côté, en ce que la condam-

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 9.
(2) §§ 14, 18, Instit., *de Act.;* § 19, *de Obl. quæ ex delict.*
(3) Gaius, *Comm.* IV, § 8.

nation croît au double, en cas de dénégation du défendeur; d'un autre côté, lors même qu'elle reste au simple, elle peut être mixte en ce que, au moment où l'esclave a été tué ou blessé, il pouvait n'avoir plus la valeur qu'il avait eue dans la dernière année ou dans les trente derniers jours. D'après cette manière de voir, l'action de la loi *Aquilia*, quand elle est au simple, ne serait donc mixte qu'accidentellement : c'est, au surplus, ce que Justinien donne à entendre par le mot *interdum* (1).

Gaius cite encore comme mixtes les diverses actions qui croissent au double, par exemple, l'action *judicati*, l'action *depensi*, et l'action de testament pour réclamer legs *per damnationem* (2). On pourrait, à ce titre, ajouter à la liste qu'il donne, l'action de dépôt misérable (3); l'action *quod metus*, qui croît au quadruple (4); et sous Justinien, l'action de testament pour les legs faits aux églises (5).

IV. Il est certaines actions qui sont réputées pénales, quoique la peine qu'elles entraînent pour le défendeur n'excède pas le préjudice éprouvé par le demandeur, et qu'elles aient ainsi le caractère d'une action *rei persequendæ* : telles sont l'action *de dolo*, l'action *quod falso tutore*, l'action *si*

---

(1) § 19, Instit., *de Actionib.*; cf. Ulpian., L. 23, §§ 3, 4, 5, 6, ff., *Ad leg. Aquil.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 9.

(3) § 17, Instit., *de Actionib.*

(4) § 31, Instit., *eod.*

(5) § 19, *eod.*

*mensor falsam mensuram.* Dans tous ces cas et autres semblables, on peut se demander quel intérêt il y a à déclarer que les actions de cette nature sont pénales? L'intérêt est grand; car les actions pénales ne se donnent pas contre les héritiers du délinquant (1).

## HUITIÈME DIVISION.

Actions au simple, au double, au triple, au quadruple (2).

### § 299. — Caractères généraux et espèces.

Cette division, qui a de l'analogie avec la précédente, présente, dès l'abord, à résoudre la question suivante : Quel est le terme qui sert d'unité pour fixer le double, le triple, le quadruple?... D'après l'opinion la plus vraisemblable et la plus généralement adoptée, cette division exprime un rapport arithmétique entre l'*intentio* et la *condemnatio.* L'unité, ou point de départ, se trouverait dans l'*intentio,* et cette unité serait précisément le multiplicande dont le produit par deux, par trois ou par quatre doit former le chiffre total de la *condemnatio* à prononcer. Mais ce système n'est

(1) Ulpian., L. 9, § 4; L. 17, § 1, ff., *de Dol. mal.;* L. 9, § 1, ff., *Quod fals. tut.;* L. 3, §§ 5 et 6, *Si mens. fals. Voy.,* ci-après, § 305.

(2) § 21-27, Instit., *de Actionib.*

pas, il s'en faut de beaucoup, à l'abri de toute objection, surtout pour les actions qui sont dès l'origine au double ou aù quadruple.

I. *Actions au simple.* — L'action est au simple, quand on agit en vertu d'une stipulation, d'un prêt, d'un mandat, d'une vente, d'un louage, etc. (1).

II. *Actions au double.* — Il y en a de deux espèces. Les unes sont toujours au double, telles sont les actions *furti nec manifesti, servi corrupti, de tigno juncto.* Les autres, données d'abord au simple, croissent au double par la dénégation du défendeur : telles sont l'action *judicati,* l'action *depensi,* l'action de la loi *Aquilia,* l'action de dépôt misérable, l'action *ex testamento* pour le legs *per damnationem*, et, sous Justinien, pour le legs fait aux églises (2).

III. *Actions au triple.* — L'ancien droit ne connaissait que deux actions au triple, l'action *furti oblati* et *furti concepti* (3). Ces deux actions étaient tombées en désuétude au temps de Justinien : ce prince en créa une nouvelle contre le demandeur qui, en portant dans la citation (*libellum conventionis*) plus qu'il ne lui est dû, oblige par là le défendeur à payer à l'huissier un salaire trop élevé (4).

IV. *Actions au quadruple.* — Nous ferons à leur égard la même distinction que pour les actions au double. Les unes sont, dès le principe, au quadru-

(1) § 22, Instit., *de Actionib.*

(2) §§ 22, 26, Instit., *de Actionib.* — Gaius, *Comm.* IV, § 9.

(3) Gaius, *Comm.* III, § 161.

(4) § 24, Instit., *de Actionib. Voy.*, ci-dessus, § 243.

ple : telles sont l'action *furti manifesti, vi bonorum raptorum*, l'action *de calumnia*. Au contraire, l'action *quod metus causa* est d'abord au simple, et ne croît au double que par la dénégation du défendeur (1). Justinien a aussi imaginé une action au quadruple contre les huissiers qui exigent au delà du tarif fixé par les constitutions (2).

## NEUVIÈME DIVISION.

### Actions de droit strict, de bonne foi et arbitraires.

§ 300. — Nature de cette neuvième division.

Cette division est tirée de la nature des pouvoirs que la formule confère au juge, tant par rapport aux principes d'après lesquels il doit examiner les prétentions des parties, que relativement à la latitude plus ou moins grande qu'il a de fixer le montant des restitutions ou le chiffre des condamnations. En traitant plus haut des condictions (§§ 291 et 292), nous avons déjà donné sur les actions de droit strict et de bonne foi des notions qui seront complétées dans les §§ suivants.

(1) §§ 25, 27, Instit., *de Actionib.*

(2) Justinian., § 25, Instit., *de Actionib.* — En droit français, toutes les actions sont *au simple* : la loi du 10 vendémiaire an IV nous présente cependant un exemple d'une action qui croît au triple par cela seul que le débiteur n'a pas restitué spontanément, en nature.

Les distinctions qui font l'objet de cette neuvième division ont été conservées, avec presque tous leurs effets, dans le droit de Justinien, nonobstant la suppression des formules. Ainsi, dans le droit nouveau, le juge, en vertu des seuls pouvoirs de sa charge, juge avec plus ou moins de latitude dans les mêmes cas et de la même manière qu'aurait fait autrefois le juré en exécution des termes de la formule.

Cette division ne peut avoir aucune application dans le droit français : toutes nos actions sont de bonne foi (1). Notre Code ne nous présente guère qu'un seul exemple d'une action analogue aux actions de droit strict, c'est l'action par laquelle la femme, en renonçant à la communauté, veut reprendre son apport (2) : encore n'est-ce là qu'une analogie très-éloignée.

### § 301. — Actions de droit strict.

L'action *stricti juris* est celle dans laquelle le juge doit, si l'intention est fondée *jure civili*, condamner le défendeur à payer précisément la somme comprise dans cette *intentio*, ou, si cette indication n'est pas dans la formule, l'estimation exacte du litige, sans pouvoir prendre en considération des raisons qui ne seraient pas reconnues par le droit civil. Mais le magistrat peut étendre, à cet

---

(1) Arg. C. C., art. 1134 et 1135.
(2) C. C., art. 1514.

égard, les pouvoirs du juge, en insérant dans la formule l'exception *de dolo* ou toute autre de la même nature (1). A défaut de cette exception, qui n'est d'ailleurs jamais insérée d'office, le juge saisi par une action de droit strict, doit se décider exclusivement par les principes du droit civil proprement dit, sans se préoccuper de l'équité.

Il est probable que, dans les premiers siècles de Rome, toutes les obligations devaient être exécutées à la lettre, et que, par conséquent, toutes les actions étaient de droit strict (2). Outre que cela est conforme à l'esprit de rigueur qui dominait dans l'ancien droit civil, nous avons encore le témoignage formel de Cicéron : *Nam quum ex* XII *Tabulis satis esset ea præstari quæ essent lingua nuncupata* (3). La rigueur avec laquelle le juge devait interpréter les obligations des parties était telle que la stipulation *dolum abesse abfuturumque* n'était pas considérée comme garantissant le dol antérieur (*dolum abfuisse*) (4).

Dans les actions de droit strict, le juge portait

---

(1) §§ 1 et 3, Instit., *de Except.*

(2) Du moins quand elles étaient intentées *per sacramentum.* J'ai déjà dit que, dès les temps les plus anciens, la procédure *per judicis postulationem* laissait vraisemblablement au juge une latitude analogue à celle dont il jouit plus tard, sous la procédure formulaire, dans les actions dites de *bonne foi*. *Voy.* ci-dessus, p. 218 et 219, note 1.

(3) Cicer., *de Offic.*, III, c. 16, 17.

(4) Ulpian., L. 7, § 3, *de Dol. mal.*

plus spécialement le nom de *judex* (1). C'est aussi à ce genre d'actions que s'appliquent ces expressions de Cicéron : *Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex;* et celle-ci de Sénèque : *Judicem... formula includit* (2).

Les actions de droit strict formaient, à notre avis, la règle générale; les actions de bonne foi et arbitraires n'étaient que des exceptions. Cela nous paraît résulter de ce que, en parlant de ces deux dernières classes, on procède toujours par énumération; tandis que nous ne voyons pas que les anciens jurisconsultes aient jamais tenté d'énumérer les actions de droit strict.

### § 302. — Actions de bonne foi.

I. L'action est dite *bonæ fidei* quand le juge est autorisé à juger en suivant les principes de l'équité, et en tenant compte des réclamations contraires du défendeur, toutes les fois au moins que ces réclamations ont de la connexité avec la demande. Les expressions employées pour désigner ce genre de pouvoir variaient suivant les cas : la plus usitée était : *Ex bona fide ejus* (3); mais

---

(1) Aul. Gell., *Noct. att.*, XX, c. 1; Cicer., *pro Rosc.*, 5; Macer., L. 7, *Ad legem Jul. repet.;* Ulpian., L. 15, *de Re judic.;* Justin., L. 13, C., *de Sentent.*

(2) Cicer., *pro Rosc.*, 4, cit. *infr.*, p. 266, not. 5. — Senec., *de Benef.*, III, 7; *de Clement.*, II, 7.

(3) Cicer., *de Off.*, III, 16 et 17. — Gaius, *Comm.* IV, §§ 47, 63.

on trouve aussi : *Ut inter bonos bene agier*, pour l'action de fiducie; et *æquius melius* pour l'action *rei uxoriæ* (1). — Dans les actions de bonne foi, le juge portait plus particulièrement le nom d'*arbiter* (2); l'action elle-même était nommée *arbitrium* (3).

II. L'action de bonne foi conférait aux juges les pouvoirs les plus étendus : « In bonæ fidei judiciis « libera potestas permittitur judici ex bono et æquo « æstimandi quantum actori restitui debeat » (4). Sénèque, dans plusieurs passages, définit fort bien la mission du juré dans ces sortes d'actions : « Ar-« bitri libera et nullis adstricta vinculis religio ; et « detrahere aliquid potest et adjicere, et senten-« tiam suam prout humanitas et misericordia im-« pulit, regere... Liberum arbitrium habet, non « sub formula, sed ex æquo et bono judicat; et « absolvere ei licet et quanti vult taxare litem » (5).

---

(1) Cicer., *de Off.*, III, 15. — Javol., L. 66, ff., *Sol matrim.* — Procul., L. 82, ff., *de Solutionib.*

(2) Papinian., L. 24, *Deposit.*— Julian., L. 52, § 2, *Fam. ercisc.*— Diocl. et Max., L. 15, C., *eod.*— Alfen. Var., L. 26, *Comm. divid.*— Ulpian., L. 14, § 7, *de Religios.* — Gaius, *Comm.* IV, § 141.

(3) Cicer., *pro Rosc.*, 5. — *Topic.*, 17. — *Cod. Justin.*, lib. V, tit. 51. — Diocl. et Max., L. 18, C., *Fam. ercisc.*

(4) § 30, Instit., *de Actionib.* — Cf. Cicer., *de Off.*, III, 17.

(5) Senec., *de Benef.*, III, 7; *de Clement.*, II, 7. — Cicéron (*pro Q. Roscio*, c. 4) nous a laissé un tableau animé des différences pratiques qui existaient entre l'action de bonne foi et l'action de droit strict : il faut toutefois

III. De ces notions générales descendons aux applications, et examinons les effets des actions de bonne foi relativement à l'interprétation des conventions, aux pactes, aux exceptions, à la compensation, aux intérêts et aux fruits. — En ce qui concerne l'interprétation des conventions, Ulpien nous enseigne que : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire* (1). — Quant aux pactes, ceux qui étaient ajoutés *in continenti* à un contrat de bonne foi, s'identifiaient avec le contrat lui-même, et leur exécution était garantie

---

remarquer que l'action de droit strict, dont il est question dans ce passage, est la *condictio certæ pecuniæ*, la plus rigoureuse de toutes les actions de droit strict (§ 292) :

« Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis sponsio facta est. Hic tu si amplius [H-S] nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti : propterea quod aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniæ certæ; arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex : SI PARET H-S QUINQUAGINTA MILLIA DARI OPORTERE. Hic, nisi planum facit, H-S QUINQUAGINTA MILLIA ad libellum sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum : QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI. Illud tamen confitetur plus se petere, quam debeatur; sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causæ confidit, alter diffidit. »

(1) Ulpian., L. 13, § 20, *de Ædil. edict.*

par l'action même naissant du contrat (1). — Dans les actions de bonne foi, il était inutile d'insérer l'exception de dol; puisque, d'après la conception de l'*intentio*, le juge était autorisé à juger *ex æquo et bono*. Il n'en faudrait pas conclure que toutes les exceptions fussent inutiles; car il en est plusieurs qui ne sont pas fondées sur l'équité, par exemple, les exceptions *rei judicatæ, litis residuæ, procuratoriæ, cognitoriæ.* — Équité ne signifie pas autre chose qu'égalité; la réciprocité est donc l'un des caractères de l'équité; et, par conséquent, l'arbitre doit toujours examiner ce que chacune des parties doit à l'autre, et le faire entrer en compensation (2). — Enfin, dans les actions de bonne foi, le juge peut même accorder au demandeur des choses qui ne sont pas comprises dans l'obligation en vertu de laquelle l'action est intentée : tels sont les fruits et les intérêts. On arriva même, peu à peu, à décider que les intérêts sont dus à partir de la mise en demeure : *Non tam ex obligatione quam ex officio judicis* (3).

---

(1) Ulpian., L. 7, §§ 5 et 6. — Nerat., L. 58, *de Pactis.* — Papinian., L. 72, *de Contr. empt.* — Procul., L. 12, ff., *de Præscript. verb.* — Paul., L. 6, ff., *de Resc. vend.* — Pompon., L. 6, § 1, ff.; *de Contr. empt.* — Ulpian., L. 11, §§ 3 et 6, ff., *de Action. empt.*

(2) Ulpian., L. 21, ff., *Solut. matr.;* Paul., L. 14, § 1, ff., *Comm. divid.;* Gaius, *Comm.* IV, §§ 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68.

(3) Paul., L. 54, ff., *Locati.*

IV. Après avoir indiqué les effets des actions de bonne foi, il nous reste à examiner quelles étaient ces actions, et comment elles se sont introduites dans le droit romain. Nous possédons trois énumérations des actions de bonne foi : l'une de Cicéron, l'autre de Gaius, la troisième de Justinien (1). Celle de Justinien est la plus complète, elle comprend les actions *ex emto, vendito, locati, conducti, mandati, pro socio, commodati, depositi, pigneratitia, negotiorum, tutelæ, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, de æstimato, præscriptis verbis de permutatione, petitio hæreditatis, rei uxoriæ ;* ce qui, en y comprenant les actions contraires, donne vingt-trois actions de bonne foi. Ces actions sont-elles les seules qui soient de bonne foi? Ce qui porterait à le penser, c'est que Gaius commence son énumération par ces mots : *Sunt bonæ fidei judicia hæc...*, tournure qui est essentiellement limitative. Nous croyons toutefois que les actions précitées n'étaient pas les seules où le juge fût autorisé à statuer *ex æquo et bono :* il nous paraît constant qu'il en devait être ainsi, en général du moins, pour les actions *in factum*, et cela sans qu'il fût nécessaire d'insérer dans la formule les mots *ex bona fide.* Voici nos raisons : d'abord il n'est pas probable que le préteur, si partisan de l'équité, eût imaginé des actions de droit strict, et l'on sait

(1) Cicer., *Topic.*, 17. — *de Offic.*, III, 15, 17. — Gaius, *Comm.* IV, §§ 62. — Justinian., § 30, Instit., *de Actionib.* — Paul., L. 38, ff., *Pro socio.*

que la plupart des actions *in factum* étaient prétoriennes; d'un autre coté, l'action de dépôt est sans contredit de bonne foi; et cependant les mots *ex bona fide*, qui figurent dans l'action de dépôt *in jus*, ne se retrouvent pas dans l'action *in factum;* or, il n'est pas croyable que l'action de dépôt devînt *stricti juris* par cela seul qu'elle était rédigée *in factum* (1). Enfin, si les mots *ex bona fide* ne se rencontrent pas dans les actions *in factum*, cela tient à ce que ces actions ne soulevant, du moins dans la forme du langage, aucune question de droit civil, il était inutile d'autoriser le juge à y déroger. Toutefois, il ne faut pas trop généraliser ce que nous venons de dire : il est certain, en effet, que plusieurs actions *in factum* se rappro-

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 47. Zimmern pense que, dans ce cas, l'action de bonne foi (de dépôt ou de commodat) devenait une action arbitraire. J'ai peine à admettre cette explication : les mots *eamque dolo malo N. Negidii redditum non esse*, qui se trouvent dans la formule *in factum* de dépôt, ne se réfèrent nullement à une restitution à ordonner par le juge, mais bien à la restitution volontaire que le dépositaire prétendrait avoir faite antérieurement à l'instance (trad. d'Étienne, § 58). — Dans un autre passage (§ 93), Zimmern présente cette clause, *eamque dolo N. Negidii redditam non esse*, comme une *exception*. Je ne crois pas cette explication plus fondée que la précédente : la restitution du dépôt ne constituerait pas une exception, mais une véritable défense au fond (*voy.* ci-après, § 309). — Au surplus, les deux explications de l'auteur allemand me semblent contradictoires : il aurait fallu opter.

chaient beaucoup des actions de droit strict, en ce sens que la formule contenait à l'avance le chiffre de la condamnation à prononcer par le juge, sans que celui-ci pût s'en écarter en plus ou en moins : telles étaient, en général, les actions pénales dérivant de la juridiction du préteur (1). D'autres actions *in factum* étaient arbitraires; par exemple, les actions *quod metus causa, dolo,* etc.

Au surplus, dans les idées et le langage des jurisconsultes romains, les actions *in factum* restaient peut-être en dehors de la division des actions de droit strict et de bonne foi, comme en dehors de la division des actions réelles et personnelles. (*Voy.* ci-dessus, p. 76 et 77.)

V. En observant avec attention les actions de bonne foi, il est aisé de remarquer que presque toutes naissent de contrats et de quasi-contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits. C'est qu'en effet le besoin de modifier, d'après l'équité, les obligations des parties, a dû se faire sentir beaucoup plus dans les affaires bilatérales que dans les autres; parce que la manière plus ou moins entière dont l'une des parties a accompli son obligation peut être un motif pour modifier l'obligation de l'autre. Le pontife Scævola avait indiqué un caractère général qui se rapproche beaucoup de celui-ci, à savoir, que les actions de bonne foi se réfèrent principalement aux affaires dont se

(1) § 12, Instit., *de Act.* — Gaius, *Comm.* IV, § 46.

compose le commerce journalier de la vie : *quibus vitæ societas continetur* (1), c'est-à-dire précisément aux contrats synallagmatiques.

Les actions de bonne foi paraissent avoir été connues dans le droit romain longtemps avant le temps de Cicéron (2); car, à la manière dont cet orateur en parle, il est difficile d'admettre que ce fût là une nouveauté dans le droit civil. Nous avons, au surplus, déjà fait remarquer que très-probablement dès les temps les plus anciens, on agissait *per judicis postulationem* dans la plupart des cas qui, plus tard, donnèrent lieu à des formules de bonne foi.

### § 303. — Actions arbitraires.

I. Les actions arbitraires diffèrent essentiellement et des actions de droit strict, et des actions de bonne foi. — Dans les actions ordinaires, quand l'*intentio* est vérifiée, le juge procède immédiatement à la condamnation du défendeur, soit qu'il en fixe le chiffre d'après le droit strict, soit qu'il prenne pour règle l'équité. Dans l'action arbi-

---

(1) Cicer., *de Offic.*, III, 17.

(2) Dans notre première édition nous avions émis l'opinion que les actions de bonne foi étaient de peu antérieures au temps de Cicéron, et nous nous fondions sur ce que c'est précisément vers le temps de Cicéron que le préteur Aquilius Gallus imagina l'action *de Dolo* : Cicero, *de Offic.*, III, 14. Nous croyons devoir modifier cette opinion par les motifs déduits dans le texte. — Cf., pag. 219, not. 1.

traire, dont nous avons donné plus haut la formule d'après Cicéron (1), le juge, avant de condamner, doit d'abord *ordonner* (*jussus*) au défendeur de satisfaire le demandeur, et ne doit *condamner* le défendeur (*sententia*) qu'autant que celui-ci refuserait d'obéir, ou du moins chercherait à éluder le *jussus.* De cette manière, la condamnation du défendeur, qui, dans les actions ordinaires, n'est soumise qu'à une seule condition, *si paret,* se trouve ici subordonnée à une seconde : *nisi restituat, nisi exhibeat.*

Le *jussus* est donc le trait caractéristique des actions arbitraires. Le pouvoir de donner cet ordre est habituellement conféré au juge par les clauses *nisi exhibeat, nisi restituat.* — Lorsqu'il était d'ors et déjà certain que le défendeur ne pourrait obéir au *jussus,* le juge se dispensait probablement de rendre un ordre inutile, et procédait immédiatement à la condamnation. Pareillement, on peut conjecturer que lorsque l'impossibilité de restituer ou d'exhiber était déjà constante *in jure,* le préteur n'insérait point les clauses *nisi restituat, nisi exhibeat;* et qu'ainsi la formule était conçue comme celle d'une action de droit strict. Toutefois, il n'en était pas toujours ainsi, et nous trouvons souvent l'action *ad exhibendum* donnée contre celui qui est évidemment dans l'impossibilité d'exhiber : il est à remarquer que, dans ce cas, l'action *ad exhiben-*

(1) *Voy.*, ci-dessus, § 278, page 110.

*dum* paraît être considérée comme plus rigoureuse que la condiction. Ainsi, par exemple, lorsque celui auquel un pupille a remis à titre de *mutuum* une certaine somme d'argent, a dépensé cette somme, on distingue s'il l'a dépensée de bonne ou de mauvaise foi : dans le premier cas, on donne seulement contre lui la *condictio;* dans le second, on accorde au pupille l'action *ad exhibendum* qui est ainsi présentée comme une sorte de punition pour la mauvaise foi du défendeur (1). Mais en quoi la position du défendeur était-elle pire dans l'action *ad exhibendum* que dans la simple condiction ? A mon avis, cela tenait à ce que dans la condiction, celui qui a reçu la somme est seulement exposé à rendre une somme équivalente; tandis que, dans l'action *ad exhibendum*, faute d'exhiber les écus mêmes qu'il a reçus et consommés de mauvaise foi, le défendeur sera condamné à payer la somme déterminée par le serment du demandeur, à la merci duquel il se trouve ainsi livré, du moins dans de certaines limites.

Au reste, le juge peut fixer *ex bono et æquo* le mode et la nature de la satisfaction ; mais naturellement il ordonne au défendeur de faire ce qui est réclamé par le demandeur. Si le défendeur refuse, il peut y être contraint par la force (*manu militari*); si le demandeur l'exige. Si le défendeur se trouve par sa faute dans l'impossibilité d'obéir,

(1) § 2, Institut., *Quibus alien. licet vel non.*

le juge le condamne à payer au demandeur une somme d'argent, dont le montant est fixé tantôt par le demandeur lui-même, tantôt par le juge (1).

II. Il y a des actions arbitraires tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles.

Les actions réelles ne sont arbitraires que lorsqu'elles sont intentées par la formule pétitoire.

Les actions personnelles arbitraires sont l'action *ad exhibendum*, l'action *de eo quod certo loco*, l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo*, l'action *finium regundorum*, les actions données à la suite des interdits restitutoires ou exhibitoires, quand les parties ne veulent pas procéder par sponsion (2). Ces actions personnelles étaient-elles les seules qui fussent arbitraires? Cela n'est pas probable. Zimmern va plus loin : tout en reconnaissant qu'il n'y avait d'actions arbitraires ni parmi les actions de droit strict, ni parmi les actions de bonne foi conçues *in jus*, il pense que toutes les actions de bonne foi qui tendent à une restitution, telles que les actions de dépôt, de commodat et de louage, pouvaient devenir arbitraires, en convertissant en formule *in factum* la formule *in jus* qui, pour ces contrats, est certainement de bonne foi. Cette conjecture est ingénieuse, mais bien hasardée : j'en ai déjà dit la raison (3).

---

(1) *Voy.*, ci-dessus, les textes cités dans les notes des pages 112 et 113.

(2) § 31, Instit., *de Actionib.* — Gaius, *Comm.* IV, § 141. — *Voy.*, ci-dessus, page 243, note 2.

(3) *Voy.*, ci-dessus, page 270, note 1.

III. Trompés par la dénomination d'*arbitria*, sous laquelle les classiques désignent souvent les actions de bonne foi, quelques auteurs ont pensé que les actions arbitraires n'étaient qu'une variété des actions de bonne foi. Pour montrer combien cette opinion est erronée, il suffit de faire remarquer que, dans une multitude de textes, on considère l'exception de *dol* comme nécessaire au défendeur attaqué par action arbitraire (1); ce qui n'aurait aucun sens, si l'action arbitraire était de bonne foi, c'est-à-dire, si le juge était autorisé *de plano* à juger suivant l'équité. Quant au passage des Institutes de Justinien (§ 31, *de Actionib.*) qui semble favoriser l'erreur que nous combattons, il s'explique aisément : le juge règle comme arbitre les restitutions à faire par le défendeur, et il ne consulte l'équité que pour décider si le défendeur a ou non convenablement satisfait au *jussus*.

IV. Une autre question fort controversée est celle de savoir si toute action noxale est arbitraire, ou si, au contraire, l'action noxale n'est arbitraire qu'autant qu'elle le serait, par elle-même, si elle était donnée directement contre l'auteur même du délit. (*Voy.*, ci-après, §§ 306 et 308.) — Pour la première opinion, M. Du Caurroy invoque le passage des Institutes dans lequel Justinien, définissant les actions arbitraires, dit : « ... *vel solvat, vel*

(1) *Voy.*, notamment, § 30, 32, 33, Instit., *de Rer. divis.* — Cf. Ulpian., L. 3, § 13, ff., *Ad exhib.*

« *ex noxali causa servum dedat...* » (1). Il s'appuie, en outre, sur ce que l'action Aquilia, qui n'est point arbitraire par elle-même, le devient cependant quand elle est donnée contre le maître, à raison du dommage causé par son esclave (2). — Zimmern, Schrader et quelques autres ont adopté l'opinion contraire. D'après ces auteurs, l'action donnée *noxaliter* contre le maître n'est arbitraire qu'autant qu'elle aurait déjà par elle-même ce caractère. Zimmern suppose, en outre, que le *jussus*, qui intervenait dans l'action arbitraire donnée *noxaliter*, était alternatif comme la condamnation elle-même; qu'ainsi, de même que, dans la condamnation, le maître était condamné à payer ou à abandonner la noxe, de même, dans le *jussus*, il lui était ordonné de satisfaire ou d'abandonner l'esclave (3). — Je ne puis admettre l'opinion de M. Du Caurroy. Dans l'action arbitraire, non-seulement le *jussus*, qui réglait la satisfaction, précédait la condamnation, mais il offrait encore au défendeur un moyen d'éviter cette condamnation elle-même, en accordant la satisfaction fixée par le *jussus*. Au contraire, dans l'action noxale, l'alternative de payer ou d'abandonner l'esclave en noxe se trouve, non pas dans un *jussus* antérieur à la condamnation, mais dans la con-

(1) § 31, Instit., *de Actionib.*

(2) Du Caurroy, n° 1291, note 1, et les textes qui y sont cités.

(3) Zimmern, traduct. d'Étienne, § 57, note 3.

damnation elle-même. Quant aux textes desquels M. Ducaurroy conclut que l'action de la loi Aquilia devenait arbitraire par cela seul qu'elle était donnée *noxaliter*, ils ne me paraissent nullement renfermer la conséquence qu'on veut en tirer. — Je ne puis croire non plus, avec Zimmern, que le *jussus* fût alternatif comme la condamnation. Dans le *jussus*, cette alternative eût été bien inutile, et il suffisait qu'elle fût réservée au maître dans la condamnation. Voici donc, à mon sens, comment les choses se passaient quand une action arbitraire (par exemple, l'action *quod metus causa* ou *de dolo*) était donnée noxalement contre le maître de l'auteur du dommage. Le juge réglait d'abord *ex arbitrio* la satisfaction à donner par le défendeur, par exemple, la restitution de la chose extorquée par violence; puis, si le défendeur refusait de restituer, le juge le condamnait à payer au demandeur une somme d'argent égale à celle à laquelle eût été condamné l'auteur même du dommage s'il eût été libre, mais avec faculté de se libérer en abandonnant au demandeur l'esclave noxal : cela est tout à fait conforme à l'ensemble des documents et au texte des Institutes : « *Publium* « *Mævium Lucio Titio decem aureos condemno,* AUT « *noxam dedere* » (1). Au surplus, il va sans dire que le maître, qui pouvait toujours, même après condamnation, éviter de payer le dommage en

---

(1) § 1, Instit., *de Offic. judic.*

abandonnant l'esclave noxal, pouvait, à plus forte raison, éviter la condamnation et même l'instance devant le juge, en offrant spontanément à la partie lésée l'abandon noxal de l'auteur du délit (1).

## DIXIÈME DIVISION.

Actions perpétuelles. — Actions temporaires.

### § 301. — Du temps pendant lequel les actions sont accordées.

Dans le second livre (§§ 233, 235 et 257), nous nous sommes occupés de la durée des instances (*judicia*), c'est-à-dire des formules d'actions délivrées par le préteur. — Dans cette division, nous allons examiner la durée, non de la formule elle-même, mais du droit de la demander, à partir du moment où ce droit a pris naissance.

I. A l'époque des jurisconsultes du *Digeste*, on distinguait les actions en perpétuelles et en temporaires: les premières avaient une durée illimitée; les secondes ne duraient qu'un an. Les actions perpétuelles étaient, en général, les actions

(1) Ulpian., L. 21, et Gaius, L. 29, ff., *de Noxal. actionib.*

civiles provenant d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale ; les actions temporaires, celles qui avaient été créées par le préteur ; mais il y avait des exceptions dans les deux sens. Certaines actions civiles n'avaient qu'une durée limitée (1) ; et à l'inverse, un grand nombre d'actions prétoriennes étaient perpétuelles comme les actions civiles elles-mêmes : telles étaient notamment, l'action *furti manifesti*, les actions héréditaires données au *bonorum possessor*, à l'*emptor bonorum*, et au fidéicommissaire ; l'action publicienne, et en général les actions *rei persequendæ*.

Y avait-il à cet égard une règle générale et motivée? Nous ne connaissons aucun texte qui réponde nettement à cette double question : on ne peut, en effet, accepter comme suffisantes les raisons par lesquelles Justinien prétend expliquer pourquoi certaines actions étaient perpétuelles : *Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur : absurdum enim existimavit anno eam terminari ;* » tandis que les autres ne duraient qu'un an : *plerumque intra annum vivere, nam et ipsius Prætoris intra annum erat imperium* (2). Mais ne trouverait-on pas à la fois et la règle et les motifs de la règle dans les passages suivants ? « In

(1) Gaius, *Comm.* III, § 121. — Scævola, L. 3, *de Leg. Jul. repet.*

(2) Pr., Instit., *de Perpet. et temp.* — Gaius, *Comm.* IV, § 111, in fine.

« honorariis actionibus sic esse definiendum Cas-« sius ait, ut quæ rei persecutionem habeant, hæc « etiam post annum darentur, cæteræ intra annum. « Honorariæ autem, quæ post annum non dan-« tur, nec in hæredem dandæ sunt : ut tamen lu-« crum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli « mali, et interdicto vi, et similibus. Illæ autem « rei persecutionem continent, quibus persequimur « quod ex patrimonio nobis abest : ut cum agimus « cum bonorum possessore debitoris nostri. Item « publiciana, quæ ad exemplum vindicationis da-« tur. Sed cum rescisa usucapione redditur, anno « fruitur : *quia contra jus civile datur* » (1). D'un autre côté, Gaius, en nous parlant de l'action *furti manifesti*, s'exprime ainsi : « Aliquando tamen « prætoriæ actiones *imitantur jus legitimum* : quales « sunt eæ quas bonorum possessoribus, cæterisque « qui hæredis loco sunt, accommodat; furti quoque « manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris juris-« dictione proficiscatur, perpetuo datur et merito, « *cum pro capitali, pœna pecuniaria constituta sit* » (2). En comparant avec attention ces deux fragments, on voit qu'il faut distinguer deux classes d'actions prétoriennes : les unes imitent ou remplacent les actions du droit civil, les autres sont données contrairement aux principes de ce droit :

---

(1) Paul., L. 35, pr., ff., *de Oblig. et actionib.*
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 111.

les premières sont perpétuelles (1), les autres sont annales (2).

La revendication est une action civile, et par conséquent perpétuelle : au premier abord, cette perpétuité de l'action paraît peu conciliable avec les délais si courts de l'usucapion romaine. En effet, comme celui qui, de bonne foi, a possédé un meuble pendant un an, ou un immeuble pendant deux ans, en a acquis la propriété par usucapion; et ne peut plus désormais être inquiété par le précédent propriétaire : la durée de l'action en revendication semble n'être en réalité que d'un an ou de deux ans. Cette incompatibilité n'est qu'apparente : par suite de l'usucapion, l'ancien propriétaire perd, il est vrai, son droit de propriété, et par conséquent son action en revendication; mais précisément parce que la perte de l'action est une conséquence nécessaire de la perte de la propriété, on ne peut pas dire que cette perte résulte directement et immédiatement du non-exercice de l'action pendant tel ou tel délai : la revendication est donc une action perpétuelle, seulement il est dans sa nature d'accompagner le droit de propriété de quelque manière que ce droit vienne à passer en d'autres mains. Ce n'est point là une pure chicane

(1) Gaius, *loc. cit.*, § 36 — Ulpian., L. 4, § 10, ff., *de Damn. infect.* — Paul., L. 22, § 5, *de Rer. amot.* — Paul., L. 35, *de Oblig. et actionib.*

(2) Instit., *de Perpet. et temp.*

de mots : pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que si, par une cause quelconque, le possesseur n'avait pu usucaper, le propriétaire pourait toujours exercer la revendication, quel que fût d'ailleurs le laps de temps pendant lequel il aurait négligé d'user de cette action.

II. Les empereurs de Constantinople apportèrent en cette matière des changements importants : ils décidèrent que toute action, tant réelle que personnelle, serait éteinte *trente ans* après l'événement qui lui aurait donné naissance (1); il est cependant une action réelle (l'action hypothécaire) dont la durée est prolongée jusqu'à quarante ans, dans le cas où la chose soumise à l'hypothèque ne serait pas sortie des mains du débiteur (2). Au temps de Justinien, les actions dites *perpétuelles* n'étaient donc en réalité que des actions trentenaires, que l'on continuait à opposer, sous ce titre ancien, désormais inexact, aux actions dont la durée était de moins de trente ans, et qui avaient, avec plus de raison, conservé le nom d'actions *temporaires*.

---

(1) Honor. et Theod., L. 3, C., *de Præscript.* 30 *et* 40 *annor.*

(2) Anast., L. 4; Justin., L. 7, *eod.*

## ONZIEME DIVISION.

### Actions transmissibles et actions non transmissibles aux héritiers.

§ 305. — De la transmissibilité des actions aux héritiers.

Comme la précédente, cette division se tire de la durée des actions.

L'héritier continue la personne du défunt : aussi, en général, les actions actives et passives du défunt passent à ses héritiers (1); mais cela n'a pas toujours lieu. Les actions pénales et mixtes ne sont pas données contre les héritiers du délinquant, ou du moins ne le sont que jusqu'à concurrence de la somme dont ces héritiers auraient profité (2); et, réciproquement, l'action d'injure n'appartient pas aux héritiers de la personne injuriée (3), à moins que, du vivant de celui-ci, il n'y ait eu *litis contestatio :* en effet, comme nous l'avons vu dans le second livre, § 208, la *litis contestatio* produit l'effet remarquable de rendre perpétuelles les actions temporaires.

(1) Papin., L. 11, ff., *de Divers. præscr.*
(2) Pompon., L. 38, ff., *de Reg. jur.*
(3) § 1, Instit., *de Perpet. et temp.*

## DOUZIEME DIVISION.

Actions noxales et actions *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *tributoria*, *de peculio* et *de in rem verso*.

---

§ 306. — Notions préliminaires.

On a déjà eu occasion de rappeler la constitution de la famille romaine (§ 269). Le père de famille profite de tout ce qu'acquièrent les enfants ou les esclaves soumis à sa puissance ; mais il n'est nullement tenu des dettes qu'ils viendraient à contracter(1); car les individus soumis à la puissance du chef de la famille doivent être pour lui une source d'avantages, et jamais une cause d'appauvrissement.

Toutefois, relativement aux obligations *naissant des délits* commis par les personnes *alieni juris*, des considérations de police avaient fait admettre, dès les temps les plus anciens, que la partie lésée pourrait agir contre le père de famille, en réservant à celui-ci la faculté de se dispenser de payer le dégât, par l'abandon au demandeur de l'auteur du délit (*noxam dedere*). Cette faculté d'abandon n'était que l'application d'une idée générale que les anciens Romains paraissent

---

(1) *Voy.* cependant, ci-après, § 307, n° III.

avoir considérée comme essentielle à la propriété; à savoir, que le propriétaire ne doit pas éprouver, par les choses qui lui appartiennent, un dommage supérieur à la perte des choses elles-mêmes. Aussi l'abandon noxal n'est-il point particulier aux esclaves et aux fils de famille; il s'applique également aux animaux et aux choses inanimées, mobilières et immobilières.

Quant aux obligations *résultant des contrats* des individus *alieni juris*, les fondateurs du droit civil n'avaient sans doute vu aucune raison suffisante pour que le chef de famille pût être inquiété à ce sujet. L'engagement de l'esclave restait donc sans effet, puisque le créancier ne pouvait agir ni contre le maître qui ne peut être obligé que par son propre fait, ni contre l'esclave lui-même qui n'a point de personne civile sur laquelle puisse reposer un engagement. L'obligation contractée par le fils de famille était au contraire très-valable, mais les voies d'exécution manquaient au moins tant que vivait le père de famille : sur quoi en effet le créancier aurait-il exécuté? Sur la personne?... Mais le fils de famille appartient au père de famille, et ne peut disposer de lui-même. Sur les biens?... Mais, dans l'ancien droit civil, les fils de famille ne pouvaient rien avoir en propre; d'ailleurs, dans l'ancien droit, l'exécution sur les biens n'était autorisée que dans quelques cas tout particuliers (§§ 155 et 162). Ainsi donc, soit de droit, soit de fait. les esclaves et les fils de famille, c'est-à-dire l'immense majorité de la population, se trouvaient

en dehors des transactions commerciales. Le préteur introduisit, à cet égard, une innovation importante, en accordant, sous certaines modifications, à ceux qui ont traité avec les fils de famille et les esclaves, le pouvoir d'agir contre le père de famille; tantôt pour le tout (*quod jussu*.. *exercitoria*... *institoria*), tantôt pour partie seulement; ou, pour mieux dire, jusqu'à concurrence de certaines valeurs que la condamnation ne peut, en aucun cas, excéder (*tributoria*... *de in rem verso*... *de peculio*...).

Les actions que le préteur accorde ainsi ne forment point des espèces particulières : ce sont tout simplement les actions ordinaires résultant des contrats intervenus entre le demandeur et les personnes soumises à la puissance du défendeur. Les expressions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de in rem verso* et *de peculio* ne sont donc pas des *noms* d'actions, mais de simples locutions *adjectives* (1) que l'on ajoute aux noms des actions,

---

(1) Aussi beaucoup de commentateurs appellent-ils ces actions *actiones adjectitiæ*, ou *adjectitiæ qualitatis*. — On ne sait pas d'une manière précise quelle était la forme des actions ainsi modifiées. Mais la nature des choses indique suffisamment que les clauses *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria* devaient se trouver placées dans la *démonstratio* ou dans l'*intentio* de la formule; par exemple : *Quod jussu N. Negidii, A. Agerius vendiderit, qua de re agitur; quidquid paret*, etc. Quant aux clauses *de in rem verso*, *de peculio* et *tributoria*, elles étaient évidemment insérées dans la condamnation : *Si paret.... N. Negidium A. Agerio*

et qui entraient dans la rédaction des formules, pour indiquer soit la circonstance qui motive l'exercice de l'action contre le père de famille, soit la limite que le juge ne devra pas franchir en condamnant. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une vente faite à un *alieni juris*, le vendeur aura contre le père l'action *venditi quod jussu*, ou *venditi exercitoria*, ou *venditi de peculio*, etc.

La même remarque s'applique aux actions *noxales* : le mot *noxales* n'est qu'un adjectif ajouté au nom de l'action pour exprimer que l'action *furti*, ou *legis Aquiliæ*, ou toute autre résultant de délit, n'étant point donnée contre l'auteur même du fait illicite, doit laisser au défendeur la faculté de l'abandon noxal.

§ 307. — Des actions *quod jussu*, *exercitoire*, *institoire*, *de peculio*, *tributoire*, et *de in rem verso*.

Il était naturel qu'en autorisant la poursuite contre le père de famille, le préteur distinguât le cas où l'obligation avait été contractée par l'ordre du père de famille, ou à sa connaissance, de celui où elle avait été contractée à son insu.

I. Quand l'obligation avait été contractée par l'ordre du père de famille, celui-ci était tenu pour toute la dette (*in solidum*), soit que cet ordre fût

---

*de in rem verso condemna* : de même que dans l'action noxale, on dit : *Si paret.... decem aureos, condemna aut noxam dedere* (§ 1, Instit., *de Offic. jud.*).

spécial, soit qu'il fût implicitement compris dans une mission plus générale confiée à l'*alieni juris*.

1° *Actio quod jussu.* — L'action se donnait *quod jussu* quand l'affaire avait été faite en exécution d'un ordre spécial du maître; soit qu'il eût autorisé d'avance l'engagement, soit qu'il l'eût ensuite approuvé (1).

2° *Actio exercitoria.* — L'action exercitoire se donnait contre l'armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que l'esclave ou le fils de famille préposé à la conduite du navire (*magister navis*) avait contractés pour remplir sa mission (2).

3° *Actio institoria.* — L'action institoire est de même nature que l'action exercitoire; elle se donnait contre celui qui avait préposé son esclave ou son fils de famille à un négoce quelconque, pour tous les engagements relatifs à ce négoce (3).

Les actions exercitoire et institoire furent aussi étendues, par faveur pour la navigation et le commerce, au cas où le préposé serait une personne indépendante du préposant; puis, on généralisa l'exception, en permettant à ceux qui avaient traité avec un mandataire d'agir directement contre le mandant, par une action institoire utile (4).

---

(1) § 1, Instit., *Quod cum eo contract.* — Ulpian., L. 12, § 1, ff., *Rat. rem hab.*

(2-3) § 2, Instit., *Quod cum eo contract.*

(4) Ulpian., L. 1, § 4, ff., *de Exercit.* — Idem, L. 7, § 1, ff., *de Instit.* — Papinian., L. 19, ff., *eod.* — Ulpian., L. 13, § 25, ff., *de Act. emti*, et L. 10, § 5, ff., *Mandati.* — C'était

II. Si le père de famille n'a ni ordonné ni ratifié l'engagement, il n'en est point tenu pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence de certaines valeurs qu'il faut maintenant déterminer.

1° *Actio tributoria.* — Quand un esclave faisait, avec tout ou partie de son pécule, et pour son propre compte, un commerce dont son maître avait connaissance, le pécule, ou la portion de pécule, consacré au commerce, était affecté au payement de ce que l'esclave devait à des étrangers à raison de son commerce, ou à son maître pour une cause quelconque. La répartition de cet actif entre le maître et les divers créanciers était confiée au maître lui-même, et s'opérait, en cas d'insuffisance, au prorata des créances; le maître ne jouissant d'aucun privilége sur les autres créanciers. Le créancier qui se prétendait lésé par cette distribu-

---

là une dérogation importante au principe du droit civil, d'après lequel nul ne peut promettre ni stipuler pour autrui, principe que l'ancien droit civil appliquait alors même que la promesse ou la stipulation aurait été faite par un mandataire. Au moyen de l'extension donnée aux actions exercitoire et institoire, le mandat romain se rapproche du mandat français; mais sans se confondre avec lui : car, en France, le tiers qui a traité avec le mandataire n'a d'action que contre le mandant et non contre le mandataire (C. C., art. 1997); tandis que le droit prétorien, tout en accordant au tiers action utile contre le mandant, laisse le tiers parfaitement libre d'agir contre le mandataire (Ulpian., L. 1, §§ 17 et 24, ff., *de Exercit.*, et L. 7, § 1, *de Instit.*).

tion pouvait agir contre le maître pour obtenir ce qui lui manquait par une action dite *tributoire:* il faut toutefois observer que le maître ne répondait que de son dol (1).

2° *Actio de peculio et de in rem verso.* — Dans tous les autres cas où l'esclave avait traité à l'insu de son maître, ou, à plus forte raison, malgré lui, les créanciers n'avaient action contre le maître que jusqu'à concurrence du pécule de l'esclave et de ce qui avait tourné au profit du maître. Les deux clauses de *in rem verso* et *de peculio* n'indiquent pas deux poursuites distinctes contre le maître; elles se réfèrent, au contraire, à une seule et même action, dont la condamnation est double, en ce sens que, pour déterminer le *maximum* de la somme à laquelle le chef de famille pourra être condamné, elle a égard à deux valeurs différentes. Ainsi, d'après Gaius, le juge, après avoir reconnu l'existence de l'obligation, devra d'abord déterminer le profit que le père de famille a retiré de l'affaire faite par son esclave ou son fils de famille; et si ce profit ne représente pas une somme égale à celle de l'obligation, il devra pour le surplus examiner l'importance du pécule; de sorte que le chiffre de la condamnation définitive à prononcer contre le père de famille peut atteindre, mais non dépasser, la valeur de ce

(1) § 3, Instit., *Quod cum eo contract.* — Ulpian., L. 5 et L. 7, ff., *de Tribut. act.*

qui a tourné à son profit (*de in rem verso*), augmentée de celle du pécule (*de peculio*) (1). Ulpien et Paul considéraient la chose d'une manière plus simple : suivant ces jurisconsultes, ce qui a tourné au profit du maître constitue une dette du maître envers l'esclave, dette qui grossit d'autant le pécule : en sorte qu'en agissant simplement *de peculio,* on se trouverait agir aussi virtuellement *de in rem verso* (2). — Ces deux manières différentes de considérer les choses pouvaient influer sur la rédaction de la formule ; mais elles conduisaient évidemment au même résultat pratique.

3° *Actio de in rem verso,* intentée isolément. — Au surplus, même dans les idées d'Ulpien et de Paul, le créancier devait et pouvait agir spécialement *de in rem verso,* dans tous les cas où il ne pouvait exister de pécule, par exemple, si l'esclave était mort, s'il avait été affranchi, ou s'il était passé sous une autre puissance (3). — Pareil-

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 73 : « Licet enim *una est actio* qua « de peculio deque eo quod in rem patris dominive versum « sit, agitur, tamen *duas habet condemnationes....* » — § 4, Instit., *Quod cum eo contract.*

(2) Paul., L. 19, et Ulpian., L. 3, § 1, ff., *de In rem verso.*

(3) Ulpian., L. 1, § 1; Paul., L. 19, ff., *de In rem verso.* — L'action *de peculio* se donnait pourtant encore pendant une année utile, à partir soit du décès, de l'affranchissement ou de l'aliénation de l'esclave, soit du décès, de l'émancipation ou de la dation en adoption des fils de famille : *voy.*, au Digeste, le titre *Quando de peculio actio annalis est.*

lement, quand plusieurs créanciers agissaient *de peculio,* celui d'entre eux dont les valeurs avaient tourné au profit du père de famille avait intérêt à agir expressément *de in rem verso,* afin d'éviter, sur ces valeurs, le concours des autres créanciers.

4° Au reste, celui qui peut agir par action *tributoire* peut, à plus forte raison, agir *de peculio.* Chacune de ces actions a ses avantages et ses inconvénients propres : l'action tributoire n'atteint que la portion du pécule consacrée au commerce, mais le maître n'y jouit d'aucun privilége sur les créanciers étrangers; au contraire, l'action *de peculio* atteint tout le pécule, mais, en revanche, le maître actionné *de peculio* a le droit de prélever tout ce qui lui est dû. Les circonstances particulières à chaque espèce pouvaient donc seules déterminer laquelle de ces deux actions était la plus avantageuse au créancier (1).

III. La faculté d'agir contre le père de famille, à raison des engagements contractés par les personnes soumises à sa puissance, a été présentée jusqu'ici comme résultant exclusivement du droit prétorien. On trouve cependant, dans plusieurs textes, la preuve qu'on pouvait agir aussi directement contre le père de famille par une action civile (2), ce qui semble rendre sans objet les innovations

(1) § 5, Instit., *Quod cum eo contract.*

(2) § 8, Instit., *Quod cum eo contract.* — Javolen., L. 84, ff., *Pro socio.* — Paul., L. 17, § 5, ff., *de Instit. act.*, et L. 29, ff., *de Reb. cred.*

prétoriennes dont on vient de s'occuper. Pour expliquer cette apparente contradiction, il suffit de faire remarquer que les textes précités ne parlent pas d'une action quelconque, mais seulement de la *condiction*, et qu'ils ne l'accordent que pour deux cas correspondant aux actions *de in rem verso* et *quod jussu* (1) : or, grâce à l'extension qu'avait reçue la condiction au temps de la jurisprudence classique, ces deux cas rentraient précisément dans l'application de la *condictio*. En effet, on a vu précédemment que la condiction se donnait généralement toutes les fois qu'une personne avait reçu quelque chose qu'elle n'avait aucun prétexte honnête de retenir (§ 290) : or, telle est précisément le cas du père de famille lorsqu'il a profité des valeurs produites par l'engagement de ses esclaves et de ses fils de famille (2). Quant au second cas, la jurisprudence avait pareillement admis que celui qui contracte avec un esclave par ordre du maître est réputé avoir suivi la foi du maître lui-même; si donc il s'agit d'un *mutuum*, d'un payement indû, ou de toute autre obligation *re*, donnant naissance à une condiction, le prêt ou le payement indû est réputé avoir été fait au maître lui-même (3); et,

(1) Dans l'expression *quod jussu* nous comprenons, bien entendu, les actions institoire et exercitoire.

(2) African., L. 23, et Celsus, L. 32, ff., *de Reb. cred.*

(3) § 1, Instit., *Quod cum eo contract.* — Ulpian., L. 1, ff., *de Reb. cred.*

dès lors, il est tout naturel qu'on puisse agir directement contre lui.

Mais, encore une fois, il ne s'agit dans tout cela que de la *condictio;* et par conséquent les actions prétoriennes *quod jussu* et *de in rem verso* conservaient toute leur importance toutes les fois que le contrat fait par l'esclave n'était point de nature à donner naissance à une condiction.

### § 308. — Des actions noxales.

La qualification de ces actions vient des mots *noxa* et *noxia,* dont le premier désigne l'auteur du délit, et le second le délit lui-même; mais on les prend quelquefois l'un pour l'autre.

I. L'action noxale n'est point fondée sur le principe que les chefs de famille doivent surveiller les individus soumis à leur puissance; car elle se donne toujours contre le propriétaire actuel de l'esclave, et non contre celui auquel l'esclave appartient quand le délit a été commis : de là la maxime *noxa caput sequitur.* Si donc votre esclave a commis un délit, tant qu'il est sous votre puissance c'est contre vous que l'action doit être intentée; s'il vient à passer sous la puissance d'un nouveau maître, c'est contre celui-ci que l'action doit être dirigée; enfin si l'esclave est affranchi, on agit contre lui-même par action directe, et l'abandon noxal ne peut avoir lieu. — Réciproquement, une action directe peut devenir noxale; par exemple : si un homme libre, ayant commis

un délit, devient ensuite votre esclave, l'action directe s'éteint, et la partie lésée peut agir contre vous par action noxale (1).

Le délit que l'esclave commet au préjudice de son maître ne donne lieu à aucune action; car aucune obligation ne peut naître entre le père de famille et ceux qu'il a sous sa puissance (2) : aussi, alors même que votre esclave, après avoir commis un délit, passerait sous la puissance d'un autre ou serait affranchi, vous seriez sans action. Par conséquent encore, si l'esclave d'autrui a commis un délit à votre préjudice, et qu'il tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'éteint si complétement, qu'elle ne revivrait pas alors même que vous viendriez à aliéner l'esclave ou à l'affranchir. Telle était du moins l'opinion des Sabiniens. Les Proculéiens pensaient, au contraire, que dans ce cas l'action noxale n'est qu'assoupie, et qu'elle renaît du moment où l'esclave sort de votre puissance (3).

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 77. — § 5, Instit., *de Noxal. act.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 78. — § 6, Instit., *de Noxal. act.* — Cela est vrai, du moins pour les obligations civiles; mais nous avons vu qu'il pouvait exister entre le maître et l'esclave une obligation naturelle susceptible d'être cautionnée (page 204, note 2, *in fin.*). Nous avons vu aussi, en parlant des actions *tributoire* et *de peculio*, qu'à raison de cette obligation naturelle le maître concourait avec les créanciers étrangers ou les primait, suivant que ceux-ci agissaient par action tributoire ou *de peculio*.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 78.

Pour être soumis à l'action noxale, il ne suffit pas d'être propriétaire de l'esclave, il faut encore l'avoir en sa possession : aussi ne donne-t-on pas d'action contre le maître, quand l'esclave est en fuite ou qu'il est possédé par un tiers *animo domini* : l'action doit alors être dirigée contre le possesseur (1).

Ainsi qu'on l'a déjà dit (§ 306), le juge saisi d'une action noxale doit condamner le défendeur soit à payer, soit à abandonner la noxe. Le défendeur qui peut ainsi, après la sentence, éviter le payement par l'abandon de la noxe, pourrait, à plus forte raison, éviter la condamnation, et même le procès, en faisant spontanément cet abandon, soit avant l'instance, soit pendant sa durée (2). — Toutefois, celui qui a frauduleusement nié avoir l'esclave noxal en sa possession perd le bénéfice de l'abandon noxal, et doit être condamné purement et simplement (3).

L'abandon noxal s'opérait par mancipation, et la partie lésée acquérait sur l'esclave la puissance dominicale complète. Toutefois, si on pouvait en croire le témoignage isolé de Justinien, l'es-

---

(1) Paul., L. 22; Ulpian., L. 11, et Gaius, L. 13, ff., *de Noxal. act.*

(2) Ulpian., L. 21, et Gaius, L. 29, ff., *de Noxal. act.* — Cette option ne donne pas pour cela à toute action noxale le caractère d'action arbitraire (*voy.*, ci-dessus, § 302).

(3) Paul., L. 2, § 1, ff., *Si ex noxal. caus.* — Il en est de même dans le cas où le maître aurait pu empêcher le délit · Ulpian., L. 2 et L. 3: Paul., L. 4, ff., *de Noxal. act.*

clave se serait trouvé alors dans une position toute particulière ; en ce sens qu'il aurait pu obtenir sa liberté, malgré son nouveau maître, en remboursant à celui-ci la somme pour laquelle avait eu lieu l'abandon noxal. Un tel résultat serait vraiment inexplicable, et tout porte à croire que Justinien ne fait qu'appliquer ici aux esclaves une règle qui autrefois était particulière aux fils de famille donnés en noxe (1).

II. Tout ce qui vient d'être dit de l'action et de l'abandon noxal était commun aux fils de famille et aux esclaves : avec cette différence toutefois que les fils de famille donnés en noxe ne tombaient point dans un esclavage proprement dit, mais dans une dépendance particulière (*mancipium*), qui, en les assimilant sous certains rapports aux esclaves, ne leur faisait cependant point perdre le bénéfice de l'ingénuité, et leur laissait la faculté de se faire affranchir dès qu'ils avaient procuré à la personne à qui ils avaient été abandonnés un profit équivalant au dommage causé (2).

L'abandon noxal des fils de famille disparut sous l'influence des idées chrétiennes. Déjà aboli à l'égard des filles par Constantin, il le fut à l'égard des fils par une constitution de Justinien (3). — La partie lésée n'est pas pour cela sans ressource : elle

---

(1) § 3, Instit., *de Noxal.*— Cf. *Coll. leg. rom. et mosaic.*, II, 3, et la note suivante.

(2) Gaius, *Comm.* IV, §§ 75, 77, 78, 79, et *Comm.* I, § 140.

(3) § 7, Instit., *de Noxal. act.*

peut, en effet, comme elle l'aurait pu déjà autrefois, agir directement contre le fils de famille par l'action résultant du délit; sauf à agir ensuite *de peculio* contre le père de famille, à raison de la somme à laquelle le fils aurait été condamné (1).

# CHAPITRE DEUXIÈME.

## DÉFENSES ET EXCEPTIONS.

### § 309. — Des défenses et des exceptions en général.

Les moyens de défense contre les actions sont de trois espèces principales : les *défenses au fond*, les *exceptions* et les *prescriptions* dans l'intérêt du défendeur.

La défense au fond consiste à nier soit le fait, soit le droit sur lesquels le demandeur fonde sa prétention. Par exemple : Si le demandeur se prétend créancier, le défendeur repoussera la demande, en montrant soit que le demandeur n'a point prouvé l'existence du fait duquel dérive l'obligation prétendue, soit que le prétendu contrat était nul d'après le droit civil, soit enfin que

(1) Julian., L. 34, et Ulpian., L. 35 et L. 3, § 11, ff., *de Peculio.*

l'obligation réclamée a été éteinte par une cause d'extinction civile (1). Pour proposer de telles défenses, le défendeur n'a nul besoin d'y être autorisé par une clause spéciale insérée dans la formule; et c'est en quoi les défenses au fond se distinguent très-nettement des exceptions et des prescriptions.

L'exception se présente toujours comme moyen *subsidiaire,* dont le juge ne doit s'occuper qu'autant que la demande serait pleinement justifiée en fait et en droit (2). La nature juridique des exceptions et le rôle qu'elles jouent dans la procédure romaine sont déjà connus par ce qui en a

(1) *Voy.*, ci-dessus, pages 214 et 215.

(2) Sous ce rapport, les exceptions de notre droit français sont précisément le contre-pied de l'exception romaine; car les moyens que nous désignons plus particulièrement sous le nom d'exceptions ont pour but et pour effet d'empêcher le juge de s'occuper du fond du procès; et, par conséquent, leur examen précède celui du fond: aussi l'expression *fins de non-recevoir* serait-elle bien plus convenable que le mot *exceptions.*

Notre procédure a aussi emprunté au droit romain la division des exceptions en *dilatoires* et *péremptoires;* mais en altérant singulièrement le sens que les expressions présentaient en droit romain (*voy.*, ci-après, § 314).

Pareillement, à l'imitation des Romains, nos auteurs rangent la prescription libératoire parmi les exceptions: c'est ce qu'ils appellent exception *péremptoire de fond.* Mais cela n'est pas exact. La prescription n'est pas une *exception,* mais une véritable *défense au fond :* qu'importe, en

été dit dans le second livre (§§ 182, 183) : ces notions se trouveront complétées dans ce chapitre.

Quant aux prescriptions dans l'intérêt du défendeur, il en a été déjà question dans le second livre (§§ 186 et 188), et nous y reviendrons encore dans le chapitre suivant.

Dans celui-ci on s'occupera des exceptions proprement dites : on dira quelle était leur forme, à quel moment de la procédure elles devaient être proposées; enfin quelles en étaient les principales espèces.

§ 310. — De la forme des exceptions.

Au temps des jurisconsultes classiques, l'exception était le plus habituellement conçue en forme de condition négative opposée à la condamnation : *condemna.... nisi* ou *si non* (§ 182) (1). Mais cette forme n'est pas la seule: quelquefois elle est précédée des mots *at* ou *ac* : *at si ea res judicata non sit* (2); d'autres fois elle est précédée du mot

---

effet, que le défendeur réclame son absolution en alléguant la prescription ou tout autre mode de libération, payement, novation, remise, etc.?

En résumé, en cette matière comme en beaucoup d'autres, nos auteurs ont eu le tort d'emprunter au droit romain des expressions et des divisions qui n'ont pu s'adapter à notre procédure qu'en en faussant complétement le sens.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 119.

(2) Brisson., *de Formulis*, V, 77.

*quod : quod præjudicium hæreditatis non fiat.... quod incendii defendendi causa factum non sit :* cette tournure se rencontre principalement dans les exceptions aux interdits, et dans celles qui remplacent les prescriptions (1). On trouve aussi dans les plus anciens classiques l'exception conçue en termes positifs : *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit* (2).

§ 311. — A quel moment les exceptions doivent être proposées.

En règle générale, les exceptions devaient être proposées *in jure ;* et cela est naturel, puisqu'il fallait qu'elles fussent insérées dans la formule (3) (§ 182).

Toutefois, cette règle n'était pas absolue. — Ainsi, quand la cause de l'exception était née postérieurement à la *litis contestatio*, le juge pouvait en tenir compte, bien que la formule n'en fît pas mention (4). — Ainsi encore, quand le défendeur, qui aurait pu invoquer une exception

---

(1) Ulpian., L. 7, § 3, ff., *Quod vi aut clam*, et L. 1, § 6, *Ne quid in flum. publ.* — Cf. Brisson., *de Formul.*, V, 76.

(2) Cicero, *ad Attic.*, VI, 1 ; *de Invent.*, I, 33, et II, 20. — Ulpian., L. 1, § 16, ff. *de Fluminib.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 119 : «... Formulæ inseritur...»

(4) Ulpian., L. 23, § 3, ff., *de Condict. indeb.* : « Si post litem « contestatam transactum est, nihilominus poterit excep- « tione doli uti post secuti... » Cf. Diocl. et Max., L. 2, C., *Sentent. rescind.* — *Voy.* note suiv.

péremptoire, avait omis de s'en prévaloir *in jure*, il pouvait se faire restituer contre cette omission (*restitutio in integrum exceptionis recuperandæ*). Il en était autrement des exceptions dilatoires, contre l'omission desquelles on obtenait très-difficilement la restitution (1). — Enfin, certaines exceptions étaient tellement énergiques et vivaces que, même après la sentence prononcée, le défendeur pouvait s'en prévaloir contre l'*actio judicati* et se soustraire ainsi à l'exécution de la sentence : telles étaient les exceptions des sénatus-consultes velleïen et macédonien, et, probablement encore, toutes celles qui étaient considérées

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 118 : « Semper peremptoria quidem exceptio nocet; idemque si reus ea non fuerit usus in integrum restitutus recuperandæ exceptionis gratia : dilatoria vero si non fuerit usus, an integrum restituatur quæritur. » Dioclétien et Maximien, L. 2, C., *Sentent. rescind.* « Peremptorias exceptiones omissas ab initio, *antequam sententia feratur* opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam judicatum contra majores xxv annis non oppositæ præscriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. » — Les mineurs de xxv ans, d'après le droit prétorien, et les soldats, d'après une constitution de Caracalla, pouvaient se faire restituer en entier contre les sentences, sur le fondement que des motifs décisifs avaient été omis dans l'instance : Antonin., L. 1, C., *de Juris et fact. ignor.* — Depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum* (§ 100), on posa la règle que les exceptions *dilatoires* doivent être proposées *in limine litio* (Diocl. et Max., L. 19, C., *de Prob.*— Justinian., L. 12, C., *de Except.*).

comme des bénéfices auxquels il n'était pas permis de renoncer (1).

## PREMIÈRE DIVISION.

### Exceptions *in factum*. — Exception de dol.

#### § 312. — Nature de cette division.

Nous avons vu ce qu'étaient les actions *in factum* par opposition aux actions *in jus* (2). La qualification de *in factum*, donnée aux exceptions, a un tout autre sens : on n'entend nullement par là opposer certaines exceptions à d'autres qui seraient *in jus;* car il ne peut y avoir d'exceptions *in jus*, puisque les moyens tirés du droit civil constituent de véritables défenses au fond, et non des exceptions proprement dites (3). Toutes les exceptions sont donc *in factum*. Mais on oppose fréquemment

(1) Ulpian., L. 11, ff., *de SC. macedon.*

(2) *Voy.*, ci-dessus, §§ 174 et 269.

(3) Au § 183, nous avons fait remarquer que certaines exceptions paraissent déroger à ces principes, puisqu'elles sont fondées sur des sénatus-consultes ou des constitutions: nous renvoyons aux explications que nous avons alors données. On peut encore voir sur ce sujet, Zimmern, trad. d'Étienne, § 91, page 280.

l'exception *in factum* à l'exception *doli;* et voici quels sont le sens et la portée de cette opposition.

L'exception est *in factum,* quand elle précise le fait allégué par le défendeur, mais sans donner à ce fait la qualification de frauduleux, par exemple : *nisi de non petendo pactum sit... nisi transactum sit.* Dans cette forme, l'exception ne présente au juge qu'une simple question de fait à résoudre ; car la conséquence que ce fait doit entraîner, c'est-à-dire l'absolution du défendeur, n'est plus en question : tout est tranché à cet égard par le magistrat, qui d'avance a jugé le fait assez grave pour en faire dépendre l'absolution du défendeur. — Quelquefois, au contraire, le libellé de l'exception ne précise aucun fait particulier; le magistrat se borne à dire en termes généraux : « *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, neque fiat,* » laissant ainsi au juge non-seulement le soin de vérifier les faits allégués par le défendeur, mais encore le pouvoir d'en apprécier la moralité et la gravité.

Les circonstances seules pouvaient faire décider laquelle de ces deux formes était la plus avantageuse au défendeur. Quand le fait qui servait de base à l'exception était bien déterminé et d'une preuve facile, le défendeur avait intérêt à ce que l'exception fût rédigée *in factum;* car il échappait ainsi au danger des appréciations du juge quant aux caractères, c'est-à-dire quant à la pertinence du fait allégué. Il avait, au contraire, intérêt à ce

l'exception fût conçue en termes généraux, de
, quand l'exception reposait moins sur tel ou
fait précis que sur des circonstances qu'il im-
rtait d'apprécier dans leur ensemble pour en
uvoir déduire l'iniquité de la demande. — En
autres termes : dans l'exception *in factum*, les
moins et les autres preuves avaient plus à faire
ue l'avocat ; dans l'exception *de dolo*, au con-
raire, le talent de l'avocat devait avoir une grande
nfluence : il fallait grouper les faits et en faire res-
ortir le caractère frauduleux.

L'exception de dol comprend et le dol actuel résultant de la poursuite même, et le dol qui a pu entacher antérieurement la conduite du demandeur. Dans la plupart des cas, le fait qui sert de base à l'exception *in factum* peut donc aussi servir de base à une exception *de dolo* ; car, comme le dit très-bien Ulpien, s'il n'y a pas eu de dol dans l'origine de l'affaire, il y en a maintenant à soutenir une prétention inique (1).

Au reste, le défendeur n'avait pas toujours le choix entre l'une et l'autre forme. En effet, comme l'exception de dol était injurieuse pour le demandeur, le défendeur ne pouvait y avoir recours toutes les fois qu'il était tenu à des devoirs révé-

(1) Ulpian., L. 2, § 5, ff., *de Dol. mal. except.* : « Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli « oriri exceptionem : quia dolo facit quicumque id, quod « quaque exceptione elidi potest, petit : *nam si inter initia* « *nihil dolo malo fecit*, attamen nunc petendo facit dolose. »

rencieux envers son adversaire; telle était notamment la position du fils envers son père, de l'affranchi envers son patron : on rédigeait toujours alors l'exception *in factum* (1). — On devait pareillement employer cette dernière forme, quand le demandeur avait ignoré le fait servant de base à l'exception (2).

## DEUXIÈME DIVISION.

Exceptions *rei cohærentes* ou *in rem*. — Exceptions *personæ cohærentes* (3).

### § 313. — Nature de cette division.

L'exception est dite inhérente à la personne (*personæ cohærens*), par rapport au défendeur, quand elle ne peut être invoquée que par telle personne déterminée, sans pouvoir l'être soit par les fidéjusseurs, soit par les successeurs univer-

(1) Ulpian., L. 4, § 16, ff., *de Dol. mal. except.* — Au § 270, nous avons vu, dans le même sens et dans le même but, une action *in factum* donnée à la place de l'action de dol.

(2) Ulpian., L. 2, § 5, ff., *de Dol. mal. except.*

(3) On trouve dans les textes l'expression *in rem* accolée au mot *exceptio* avec un sens tout semblable à celui qu'elle présente dans la locution *actio in rem*. Mais nous

sels ou particuliers de cette personne. Elle est inhérente à la personne du demandeur, lorsqu'elle ne peut être opposée qu'à tel individu déterminé.

L'exception est *in rem*, ou *rei cohærens*, soit qu'elle puisse être invoquée par les fidéjusseurs et successeurs du défendeur, soit qu'elle puisse être opposée à tout demandeur.

Certaines exceptions sont *in rem* activement et passivement; d'autres ne le sont que d'un seul côté.

L'exception *quod metus causa* est *in rem* par rapport au demandeur, en ce qu'elle peut être opposée à toute personne qui agit en vertu de l'acte extorqué par violence ; alors même que cette personne serait d'ailleurs restée complétement étrangère aux actes de violence (1).

A l'inverse, l'exception *doli mali* est inhérente à la personne, en ce qu'elle ne peut être utilement opposée qu'à l'auteur même du dol, et non à ceux qui, n'ayant pas participé aux machinations frauduleuses, agiraient en vertu de l'acte surpris au défendeur à l'aide de ces machinations (2).

L'exception *rei venditæ* et *traditæ* est *in rem* dans les deux sens (3).

---

ne croyons pas qu'on rencontre l'expression *exceptio in personam*, quoique cependant une telle locution fût très-naturelle, surtout quand il s'agit des exceptions inhérentes à la personne du demandeur.

(1-2) Ulpian., L. 2, § 1 et 2; L. 4, § 33, ff. *de Doli mali et metus causa except.*

(3) Hermogen., L. 3, ff., *de Except. rei vend.*

Ces exemples suffisent pour faire apprécier le sens pratique des expressions que l'on se proposait d'expliquer : du reste, ce n'est que par l'étude attentive de chaque exception en particulier qu'on pourra bien connaître, au point de vue qui fait l'objet de ce paragraphe, le degré d'énergie propre à chacune des exceptions.

## TROISIÈME DIVISION.

Exceptions perpétuelles ou péremptoires. — Exceptions temporaires ou dilatoires.

### § 314. — Nature de cette troisième division.

Les expressions *péremptoires* et *dilatoires* avaient, en droit romain, un sens tout différent de celui qu'elles présentent dans notre procédure. Chez nous, l'exception péremptoire seule amène l'absolution du défendeur; l'exception dilatoire oblige seulement le juge à surseoir pendant un certain temps. Dans la procédure formulaire, au contraire, toute exception, soit dilatoire, soit péremptoire, une fois insérée dans la formule, conduisait au même résultat, c'est-à-dire à l'absolution du défendeur : or, cette absolution, qui formait *res judicata* entre les parties, était toujours définitive et épuisait le droit du deman-

deur; soit qu'elle éteignît ce droit *ipso jure*, soit qu'elle élevât contre lui l'exception perpétuelle *rei judicatæ*, conformément aux distinctions précédemment exposées (§ 230). Ainsi donc, quand les Romains distinguaient les exceptions en péremptoires et dilatoires, ils ne faisaient point allusion à l'influence que l'exception devait exercer sur la conduite du juge, mais seulement au temps pendant lequel telle ou telle exception pouvait être utilement proposée *in jure*, devant le magistrat chargé de la rédaction et de la délivrance des formules d'actions.

L'exception est péremptoire ou perpétuelle, quand elle peut être opposée au demandeur, à quelque époque que celui-ci intente sa demande; de telle sorte que le droit de proposer l'exception, ne devant jamais s'éteindre, paralyse à tout jamais l'action du demandeur : c'est même précisément pour cela qu'on l'appelle *péremptoire*, parce qu'elle détruit (*perimit*) l'action à laquelle elle forme un obstacle perpétuel (1).

L'exception est, au contraire, temporaire ou dilatoire, quand elle ne peut être proposée que pendant un certain temps, et que, ce temps expiré, le demandeur peut librement exercer son action (2). L'exception de ce genre est dite dilatoire, en ce sens que, tant qu'elle dure, le demandeur doit

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 121. — § 9, Instit., *de Except.*
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 122. — § 10, Instit., *de Except.*

s'abstenir d'intenter son action; mais non en ce sens que le juge, auquel le litige sera renvoyé, doive surseoir à prononcer. Il est certain, en effet, qu'une fois saisi, le juge doit prononcer dans les délais légaux, sous peine de faire le procès sien (1). Lors donc qu'une telle exception est proposée *in jure*, le demandeur doit s'empresser de renoncer à la formule d'action qu'il réclamait; car, la formule une fois délivrée (*lite contestata*), l'exception, toute dilatoire qu'elle soit, conduirait à l'absolution définitive du défendeur (2). Ce résultat, qui, au premier abord, paraît rigoureux, n'a rien qui doive étonner; puisqu'on sait qu'indépendamment de toute exception, le créancier qui réclamait avant le terme perdait son procès pour plus-pétition (*plus petitio tempore*).

On va maintenant parcourir rapidement les exceptions les plus usuelles.

§ 315. — Des exceptions péremptoires les plus usuelles.

I. *Exceptio doli mali.*— Cette exception est déjà suffisamment connue par ce qui en a été dit dans les paragraphes précédents. Qu'il suffise de rap-

---

(1) *Voy.* ci-dessus § 233, 234 et 235.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 123 : «Observandum est autem ei «cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem ; alio-«quin si objecta exceptione egerit, rem perdit; nec enim post «illud tempus quo integra re evitare poterat, adhuc potes-«tas agendi superest, re in judicium deducta et per excep-«tionem perempta.»

peler que l'exception de dol pouvait remplacer toutes les autres exceptions, toutes celles du moins qui avaient pour base l'équité. (*Voy*. § 312.)

II. *Exceptio quod metus causa.*—D'après le droit civil, la crainte n'était point une cause de nullité soit des obligations, soit des aliénations (1). Le droit prétorien avait adouci en ce point le droit civil, en permettant à celui auquel une promesse ou une aliénation avait été extorquée par violence, de repousser par une exception l'action fondée sur la promesse ou l'aliénation extorquées. Au surplus, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, il n'est pas nécessaire que le défendeur qui allègue la violence en désigne l'auteur; « *nam metus in se* « *habet ignorantiam;* » il lui suffit de prouver que l'acte, en vertu duquel on agit, lui a été extorqué par violence : aussi le nom du demandeur ne figure-t-il pas dans le libellé de l'exception : « *si in* « *ea re nihil metus causa factum sit* » (2); tandis que le nom du demandeur figure nécessairement dans l'exception de dol : « *si in ea re nihil dolo* « *malo Auli Agerii factum sit* » (3).

III. *Exceptio pacti.* — Le pacte par lequel un créancier convient de ne pas demander ce qui lui est dû n'éteint ni l'obligation, ni l'action qui la

---

(1) *Voy*. ci-dessus page 20.

(2) Ulpian., L.4, § 33, ff., *de Dol. mal. et met. caus.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 119.—Ulpian., L. 2, § 1. *de Dol. mal. et metus.*

garantit (1). Mais comme il est contraire à la bonne foi de méconnaître une convention librement consentie, le pacte devient la base d'une exception qui procurera l'absolution du défendeur, soit qu'on la libelle sous la forme générale d'une exception de dol : « *Si in ea re nihil dolo malo Auli* « *Agerii factum sit;* soit qu'on la rédige *in factum :* « *si non convenisset ne eam pecuniam peteret.* »

L'exception de pacte est perpétuelle ou temporaire, selon que le créancier a déclaré renoncer pour toujours à sa créance, ou a seulement accordé un délai à son débiteur (2).

IV. *Exceptio jurisjurandi.*— Il a été déjà traité de cette exception, en parlant du serment volontaire. (§ 219.)

V. *Exceptio rei judicatæ.* — En traitant des effets de la sentence (§ 230), on a fait connaître dans quels cas l'absolution du défendeur éteint *ipso jure* le droit du demandeur; dans quels cas, au contraire, ce droit continuant à subsister quant au droit civil, le défendeur, qui serait itérativement attaqué, a besoin de recourir à une exception.

Cette exception (*rei judicatæ*) n'est point fondée sur l'équité et la bonne foi : en effet, si le premier juge s'est trompé en prononçant l'absolution du défendeur, qu'y aurait-il d'inique à ce que le demandeur cherchât, dans un nouveau procès, le

---

(1) *Voy.* ci-dessus page 215.
(2) § 3, Instit., *de Except.*

moyen de faire réparer une erreur judiciaire qui lui cause préjudice? L'utilité générale en a décidé autrement; parce qu'il importe au bon ordre de la société que les procès aient un terme. Mais de ce que l'exception *rei judicatæ* n'a pas pour base la bonne foi, il en résultait pour les Romains la conséquence pratique que cette exception était aussi nécessaire contre les actions de bonne foi que contre les actions de droit strict (1).

La fiction légale sur laquelle est fondée l'exception de chose jugée (2) n'a d'application qu'autant que la nouvelle demande a le *même objet* que celle précédemment jugée, est fondée sur la *même cause*, et se débat entre les *mêmes personnes* (3). Chacune des conditions de cette triple identité

---

(1) Sever. et Anton., L. 2, C., *de Judic.*

(2) Res judicata *pro veritate* accipitur (Ulpian., L. 207, ff., *de Reg. jur.*). On ne dit pas que la chose jugée est la vérité : car le juge peut se tromper; on dit qu'elle *tient lieu* de la vérité.

(3) Les jurisconsultes résument ces trois conditions par ces deux mots : *eadem res;* mais ils expliquent ensuite ce qu'on doit entendre par *eadem res:* «Cum quæritur hæc ex«ceptio noceat necne, inspiciendum est an *idem corpus* sit, «*quantitas eadem, idem* jus et an *eadem causa petendi* et *ea«dem conditio personarum ;* quæ nisi omnia concurrant, alia «res est» (Paul. et Ulpian., L. 12, 13 et 14, ff., *de Except. rei judic.*). — Neratius exprime les mêmes idées plus élégam«ment : Cum de hoc *an eadem res est* quæritur, hæc spec«tanda sunt : *personæ, idipsum de quo agitur, causa proxima «actionis»* (L. 27, *eod.*).

soulève des questions très-ardues dont l'examen approfondi exigerait un traité spécial. On touchera seulement ici, en passant, les règles principales.

1° *Même objet.*— Il y a identité d'objet, quand la nouvelle demande porte sur le même corps que l'ancienne; alors même que la demande nouvelle ne porterait que *sur une partie* de la chose précédemment réclamée, ou que, à l'inverse, elle comprendrait quelque chose de plus (1). Après avoir succombé dans la demande d'un troupeau, je ne pourrai renouveler ma prétention, après que ce troupeau aura augmenté ou diminué, ou même se sera complétement renouvelé quant aux animaux qui le composent. Si j'ai inutilement demandé un champ, je ne pourrai plus tard réclamer les arbres qui seraient coupés sur ce fonds, ni l'île née dans le fleuve voisin, ni les alluvions (2). — Mais après avoir inutilement revendiqué une *maison*, je pourrai revendiquer plus tard les *matériaux* qui entraient dans sa composition; car, dans les idées des Romains, la *maison*, en tant qu'être collectif, diffère essentiellement des *matériaux* qui la composent : la maison ne peut appartenir qu'au propriétaire du sol; les matériaux peuvent appartenir à un tiers : seulement, tant que la

(1) Paul., L. 14, ff., *de Except. rei judic.*

(2) Ulpian., L. 7; Pompon., L. 21, § 1; Afric., L. 26, § 1, ff., *eod. tit.*

maison subsiste, la propriété des matériaux est comme endormie (1). — Après avoir inutilement revendiqué la propriété d'un fonds, pourrai-je ensuite en réclamer l'usufruit? Il faut distinguer. Si je réclame cet usufruit comme *dépendant du droit de propriété* dans la revendication duquel j'ai déjà succombé, le possesseur pourra me repousser par l'exception *rei judicatæ;* car l'usufruit, considéré comme dépendance de la propriété, était compris dans ma première demande. Si, au contraire, je réclame cet usufruit, *à titre de servitude* sur le fonds d'autrui, ma nouvelle demande ne remet point en question la chose précédemment jugée quant à la propriété ; puisque, en réclamant l'usufruit, *à titre de servitude,* je reconnais que la propriété ne m'appartient pas, ce qui est conforme à la chose jugée (2).

2° *Même cause.*— La cause est la même, quand la seconde action est basée sur le même droit que la première, encore bien que l'action soit différente (3) : souvent, en effet, et à l'occasion d'une même prétention, nous avons le choix entre plusieurs actions; mais le choix et l'exercice de l'une d'elles entraînent l'extinction des autres (4). La cause

---

(1) *Voy.* ci-dessus page 99 et suiv.

(2) Pompon., L. 21, § 3, ff., *de Except. rei jud.* — Cf. Ulpian., L. 11, § 6; Paul., L. 17; Afric., L. 26, ff., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 5 et L. 7, § 4, ff., *eod. tit.*

(4) Par exemple, celui qui achète un animal entaché d'un vice redhibitoire, a le choix entre l'action rédhibitoire

n'est pas la même, si la seconde action est basée sur un droit différent, par exemple, si après avoir succombé dans une *revendication*, j'agis ensuite par *condiction*, et réciproquement : par l'une de ces actions, je soutenais que la chose m'appartenait (*rem meam esse*); par l'autre, je prétends seulement que le défendeur doit m'en transférer la propriété (*rem mihi dare oportere*) : prétentions essentiellement différentes (1). L'exception ne pourra pas non plus m'être opposée, si, après avoir agi inutilement en vertu d'une vente, je réclame ensuite la même chose en vertu d'une stipulation : car rien ne s'oppose à ce qu'une même chose soit, entre le même créancier et le même débiteur, l'objet de plusieurs obligations différentes ; et, par conséquent, après avoir jugé qu'une chose ne m'était pas due en vertu de telle obligation, on pourra très-bien, plus tard, sans se mettre en contradiction, juger qu'elle m'est due en vertu de telle autre obligation (2). — Il en est autrement, du moins en général, de l'action réelle. En effet, celui qui est propriétaire ne peut le devenir davantage par une nouvelle acquisition : lors donc que je revendique

et l'action *quanti minoris* (Julian., L. 25, § 1, *eod. tit.*). Pareillement, celui qui est co propriétaire d'un fonds à titre héréditaire, a le choix entre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo* (Julian., L. 8, *eod. tit.*). Dans ces cas et autres pareils, la seconde action échouera devant l'exception de chose jugée.

(1) Paul., L. 31, ff., *de Except. rei jud.*

(2) Paul., L. 14, § 2, ff., *eod. tit.*

une chose, je soumets par là même au juge tous les titres en vertu desquels je puis avoir acquis la propriété; et dès lors toute revendication nouvelle doit échouer devant l'exception de chose jugée (1). Il n'en sera ainsi toutefois qu'autant que, dans la première revendication, je n'aurai point indiqué spécialement le titre en vertu duquel je me prétendais propriétaire; car si j'ai indiqué un titre spécial, rien ne s'opposera à ce que je revendique plus tard en vertu d'un titre différent. Par exemple, après avoir inutilement soutenu qu'une chose m'appartient en vertu d'une mancipation, je puis réitérer le procès en soutenant qu'elle m'appartient en vertu d'un legs (2). — La chose jugée ne formerait pas non plus exception à ma revendication, même quand je revendiquerais une seconde fois en vertu du même titre, si, dans la première instance, le défendeur n'avait été absous que parce qu'il ne possédait pas (3).

3° *Mêmes personnes.* — Alors même que l'objet et la cause de l'action nouvelle seraient les mêmes que dans l'action antérieurement intentée, il n'y aurait pas lieu à l'exception de la chose jugée, si les plaideurs n'étaient pas les mêmes; car les sentences comme les conventions ne produisent d'ef-

---

(1) Ulpian., L. 11, § 4; Julian., L. 25, ff., *de Except. rei jud.*
(2) Ulpian., L. 11, § 2, ff., *eod. tit.*
(3) Ulpian., L. 9 et 18; Gaius, L. 17, ff., *eod. tit.* — *Voy.* ci-dessus page 98.

fet qu'entre les parties (1). — Le père de famille et les enfants soumis à sa puissance étaient réputés, sous plusieurs rapports, ne former qu'une seule et même personne (§ 306); par conséquent, ce qui était jugé pour ou contre le père de famille, était réputé jugé pour ou contre les personnes soumises à sa puissance (2). — Il en est de même des héritiers, du moins quand ils ne se présentent pas dans l'instance en vertu d'un droit qui leur soit personnel : ce qui est jugé avec le défunt est jugé pour tous ses héritiers et successeurs universels (3). — Il en est encore de même à l'égard des successeurs particuliers, toutes les fois que la sentence est antérieure à l'événement qui les a fait succéder au droit d'autrui; ainsi, par exemple, le créancier hypothécaire est tenu de respecter les jugements rendus contre le débiteur, antérieurement à la constitution de l'hypothèque (4). — Pareillement, ce qui est jugé avec mon procureur, pourra m'être opposé, si plus tard je prétends renouveler en

---

(1) «*Res inter alios judicata aliis non præjudicare,*» dit Macer, L. 63, *de Re judicat.* — Cette règle, si parfaitement conforme au bon sens, se justifierait au besoin par cette considération que, dans la procédure romaine, la sentence est presque toujours le résultat d'une convention : car, en nommant le juge (§ 77), les parties sont réputées se soumettre d'avance à sa décision.

(2) Ulpian., L. 11, § 8, ff., *de Except. rei jud.*

(3) Ulpian., L. 11, § 3, 9 et 10, ff., *eod. tit.*

(4) Ulpian., L. 11, § 10; Papinian., L. 29, § 1, ff., *eod. tit.* — Papinian., L. 3, ff., *de Pignorib. et hyp.*

personne le procès (1). — Il arrive même quelquefois que nous soyions liés pour la chose jugée avec une personne qui ne nous représentait à aucun des titres que nous venons d'énoncer. Par exemple, les légataires sont liés par la sentence qui aurait prononcé contre l'héritier la nullité du testament (2). Il en est de même quand le droit en litige est un droit *indivisible* qui appartient à plusieurs, par exemple, une servitude. Dans ce cas, ce qui est jugé avec l'un de ceux qui doivent la servitude ou auxquels elle est due, est réputé jugé avec les autres; sauf l'action *de dolo* en cas de collusion (3).

A l'inverse, le même plaideur peut être considéré comme une personne différente s'il agit en une autre qualité. Par exemple, si après avoir succombé dans une revendication que j'avais intentée

(1) Ulpian., L. 4 et L. 11, § 7, ff., *de Except. rei jud.*

(2) Pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu collusion entre l'héritier et celui qui a fait prononcer la nullité du testament.

(3) Marcian., L. 19, ff., *si servit. vindicet.* — Il en est autrement des droits divisibles, et par exemple d'une hérédité : ce qui est jugé avec l'un des héritiers ne nuit ni ne profite aux autres (Paul., L. 22, ff., *de Except. rei judic.*). — On signale ordinairement comme une exception à la règle de la L. 22, ce qui est dit dans la L. 29 au sujet de l'esclave qui aurait fait prononcer son affranchissement contre l'un des héritiers : mais cette prétendue exception, qui se justifierait, en effet, suffisamment, par la *faveur* que mérite la liberté, ne peut-elle pas se justifier aussi en droit strict par l'*indivisibilité* de l'état des personnes ?

*en mon nom propre,* je renouvelle ensuite la demande en me présentant *comme héritier du propriétaire* (1). Ainsi encore, après avoir inutilement revendiqué une chose en qualité de tuteur ou de procureur, je pourrai la revendiquer plus tard, en mon nom personnel (2).

VI. Exception *rei in judicium deductæ.* — Pour qu'un premier procès fît obstacle à un second intenté pour le même objet, il n'était même pas nécessaire que le premier eût été terminé par une sentence du juge; il suffisait que le droit du demandeur eût été engagé en justice, c'est-à-dire qu'il y eût eu délivrance d'une formule d'action (*litis contestatio*). Nous avons vu, en effet, que la *litis contestatio* produit des effets tout pareils à ceux de la chose jugée, et qu'elle éteint aussi le droit du demandeur tantôt *ipso jure,* tantôt *exceptionis ope* (3). Lors donc qu'un demandeur, ayant obtenu une formule d'action et l'ayant laissé tomber en péremption (4), voulait agir de nouveau, le défendeur pouvait le repousser par l'exception dite *rei in judicium deductæ.*

---

(1) Modestin., L. 10, ff., *de Exceptionib.*

(2) Ulpian., L. 54, ff., *de Rei vindicat.* — Cf., § 4, Instit., *de Inof. testam.*

(3) Gaius, *Comm.* III, § 180, et IV, § 106 et 107. — *Voy.*, ci-dessus, § 230 et 204. — Chez nous, au contraire, on admet que le demandeur peut se désister de la procédure commencée, en se réservant le droit de soumettre de nouveau sa prétention au juge. Cod. procéd., art. 402 et 403.

(4) *Voy.*, ci-dessus, § 233, 234 et 235.

VII. *Exception de compensation.* — Dans les actions de bonne foi, il entre dans l'office du juge d'apprécier les prétentions contraires du défendeur et par conséquent de tenir compte des causes de compensation (§ 302). Dans les actions de droit strict, au contraire, le juge ne peut prendre en considération les prétentions contraires du défendeur, qu'autant qu'il y est autorisé par une clause formelle insérée dans la formule : c'est l'exception de compensation, qui se produisait sous la forme générale de l'exception de dol : *nisi in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit vel fiat ;* car il y a dol à exiger ce qui nous est dû, sans vouloir tenir compte de ce que nous devons nous-mêmes à l'autre partie.

Dans les actions de droit strict, la compensation ne fut d'abord admise que dans certains cas particuliers; un rescrit de Marc Aurèle en généralisa l'usage (1).

Zimmern fait ingénieusement remarquer ici que la compensation opposée à une action de droit strict, au moyen de l'exception de dol, produisait un effet très-différent de celui de la compensation proposée *de plano* dans une action de bonne foi. Dans celle-ci, en effet, la compensation amenait seulement une réduction dans le chiffre de la créance réclamée; dans l'action de droit strict, si l'exception de dol était prouvée, c'est-à-dire si la cause de com-

(1) Paul., L. 4; Gaius, L. 5; Javolenus, L. 15, ff., *de Compensat.* — § 30, Instit., *de Actionib.*

pensation était établie, le juge devait absoudre complétement le défendeur, alors même que la créance opposée en compensation eût été d'ailleurs fort inférieure à celle qui faisait l'objet de l'action(1). Ce résultat rigoureux est une conséquence forcée de la combinaison des diverses parties de la formule (§ 182 et 184): pour l'éviter, le demandeur devait admettre la compensation devant le prêteur et ne laisser donner la formule que pour la différence.

La compensation n'avait lieu qu'autant que les deux prétentions étaient également exigibles, et portaient sur des choses fongibles entre elles (2).

Dans l'origine, même dans les actions de bonne foi, le juge ne devait avoir égard aux prétentions contraires du défendeur qu'autant qu'elles dérivaient de la même cause que la demande principale (*ex eadem causa*). Mais quand, plus tard, la compensation se trouva autorisée contre les actions de droit strict, c'est-à-dire dans des affaires purement *unilatérales* (§ 302, n° V), où la prétention contraire du défendeur devait avoir nécessairement une cause différente de celle de l'action, il n'y eut plus de raison pour que le juge, saisi d'une action de bonne foi, ne pût aussi tenir

(1) Zimmern, trad. d'Étienne, § 99.

(2) Ulpian., L. 7; Gaius, L. 8, ff., *de Compensat.* — En se rappelant qu'en droit romain toutes les demandes aboutissaient à des condamnations *pécuniaires*, on s'aperçoit aisément que la compensation avait, à Rome, bien plus d'applications qu'elle n'en peut avoir chez nous.

compte des prétentions du défendeur qui ne se rattachaient pas à la demande principale. Au surplus, quand le juge estimait que les causes de compensation invoquées pour le défendeur étaient de nature, soit par leur complication, soit par leur défaut de connexité avec la demande, à retarder trop longtemps le jugement de l'action, il trouvait toujours, dans les pouvoirs à peu près illimités dont il jouissait dans les actions de bonne foi (*ex bono et æquo judicare*), la possibilité d'écarter des réclamations qui auraient paralysé, contrairement à l'équité, l'exercice d'un droit liquide et exigible (1).

La compensation se présentait avec des caractères particuliers dans les actions intentées par les banquiers (*argentarii*), chez lesquels les citoyens romains étaient dans l'usage d'avoir ce que nous appellerions chez nous un *compte courant*. L'*argentarius*, faisant pour son client des recettes et des dépenses, devait régler lui-même son compte, et ne pouvait agir que pour le solde, sous peine de tout perdre par plus-pétition (2).

Il ne faut pas confondre la compensation, que l'*argentarius* doit opérer spontanément dans sa demande, avec la *deductio* qui modifiait les ac-

---

(1) Justinien en fait une règle de droit, quand il exige que les compensations dérivent d'un droit évident (*jure aperto*) dont l'appréciation ne soit pas de nature à retarder la décision du litige primitif (§ 30, Instit., *de Actionib.*).

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 64.

tions de l'*emtor bonorum*. Quand celui qui avait acheté tous les biens d'un insolvable agissait contre les débiteurs de cet insolvable, la condamnation de la formule était conçue de façon à ce que le juge tînt compte de ce que le défendeur pouvait avoir à réclamer de son côté.

La déduction se rapprochait, quant aux effets, de la compensation dans les actions de bonne foi. — Elle différait essentiellement de la compensation opposée aux actions de droit strict, en ce qu'elle n'était point formulée en exception, mais comprise dans la *condemnatio*. — Elle différait plus encore de la compensation particulière aux actions des *argentarii*. En la forme, la compensation de l'*argentarius* se trouve dans l'*intentio* même de l'action, en ce sens que le banquier ne doit réclamer (*intendere*) que la différence entre ce qui lui est dû et ce qu'il doit lui-même; dans l'action intentée par le *bonorum emtor*, l'*intentio* porte toute la somme due à celui dont on a acheté les biens, et c'est seulement dans la condamnation qu'on fait mention de la déduction : la condamnation est donc toujours incertaine, et dès lors il n'y a pas danger de plus-pétition. Au fond, la compensation de l'*argentarius* ne pouvait avoir lieu que pour choses *exigibles* de *même nature et qualité*; la *deductio* du *bonorum emtor* permettait, au contraire, de tenir compte des réclamations du défendeur, bien qu'elles ne fussent pas exigibles, et qu'elles portassent sur des choses d'une nature

autre que celles faisant l'objet de la demande (1).

VIII. *Autres exceptions péremptoires.* — Il faut aussi comprendre parmi les exceptions péremptoires, l'exception du sénatus-consulte velléien, au profit des femmes (2); celle du sénatus-consulte macédonien, au profit des fils de famille (3); celle de la loi *Cincia*, relative aux donations entre vifs (4); l'exception *justi dominii* (5), et une foule d'autres dont l'examen détaillé nous entraînerait trop loin.

§ 316. — Des exceptions dilatoires les plus usuelles.

I. *Exceptio pacti per tempus.* — Il en a été déjà question dans le paragraphe précédent, à l'occasion de l'exception perpétuelle de pacte.

II. *Exceptio rei residuæ.* — Il ne faut pas multiplier inutilement les procès, et il serait désirable qu'une même instance vidât toutes les difficultés qui peuvent exister entre deux parties. C'est pour arriver à ce but qu'avaient été imaginées les deux exceptions *rei residuæ* et *litis dividuæ*.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 64-68.

(2) *Voy.*, au Digeste, lib. XVI, tit. I, *ad SC. velleianum.*

(3) *Voy.*, au Digeste, lib. XIV, tit. VI, *de SC. macedoniano.*

(4) *Voyez* les *Fragmenta Vaticana, de Donationibus*, § 266-316.

(5) *Voy.* ci-dessus § 282.

Celui qui n'a réclamé qu'une partie de ce qui lui était dû, sera repoussé par l'exception *rei residuæ*, s'il veut réclamer le surplus pendant la même préture; mais son droit n'est point perdu pour cela, et il pourra intenter une action supplémentaire sous l'une des prétures suivantes : c'est en cela précisément que l'exception est dilatoire (1).

III. *Exceptio litis dividuæ.* — Les mêmes règles s'appliquent à celui qui, ayant avec une autre personne plusieurs causes de procès, n'agirait pas en même temps pour toutes : il devra attendre une nouvelle préture (2).

Il est bien entendu que si, dans l'un ou l'autre cas, le demandeur avait eu l'imprudence d'agir de nouveau, pendant la même préture, l'exception, toute dilatoire qu'elle est, entraînerait la perte irrévocable de son droit (§ 314) (3).

Les exceptions dont il vient d'être parlé sont dilatoires *ex tempore;* celles dont il va être question, dans le numéro suivant, sont dilatoires *ex persona* (4).

IV. *Exceptiones cognitoriæ* et *procuratoriæ.*— Les plaideurs romains pouvaient, en général, se faire représenter soit par des *cognitores*, soit par des *procuratores* (5). Ce droit n'appartenait cependant pas

---

(1-2) Gaius, *Comm.* IV, § 122.

(3) Gaius, *Comm.*, IV, § 123.

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 124. — § 11, Instit., *de Except.*

(5) *Voy.* ci-après le livre quatrième.

à tous indistinctement; et, réciproquement, tout individu n'était pas habile à représenter les parties, à l'un ou à l'autre de ces deux titres. Lors donc que celui qui ne pouvait plaider par représentant voulait en préposer un; ou lorsque, ayant le droit de se faire représenter, il faisait choix d'un individu inhabile à remplir cette fonction, le défendeur trouvait dans ces circonstances la base d'une exception, qui du reste était purement dilatoire; car il suffisait au demandeur de plaider par lui-même ou de choisir un représentant idoine, pour échapper à l'exception. Mais il fallait que ce changement s'opérât pendant que les parties étaient encore *in jure;* en effet, la formule une fois délivrée, si l'exception venait à être prouvée, le défendeur obtenait une absolution complète et irrévocable (1).

V. *Exceptio non numeratæ pecuniæ.* — Il arrivait souvent aux Romains de confirmer par une stipulation l'obligation résultant du *mutuum;* de telle sorte que l'emprunteur se trouvait obligé par un double lien *re* et *verbis* (*voy.* pages 207 et 208). Souvent aussi, la stipulation précédait la numération des espèces (le *mutuum*), à peu près comme chez nous l'emprunteur signe le billet avant de recevoir l'argent. Or, il pouvait arriver qu'après avoir obtenu réponse à sa stipulation, le stipulant refusât de compter les espèces, c'est-à-dire de réaliser le *mutuum* en vue duquel l'autre partie avait

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 124. — Justin., § 11, Instit., *de Except.*

consenti à promettre. Dans cette hypothèse, le promettant n'était point obligé *re*, car il n'avait rien reçu; mais il était obligé *verbis*; parce que la stipulation est valable, en droit civil, indépendamment de la cause qui a déterminé le promettant à répondre. Toutefois, comme il eût été inique d'exiger le payement d'une promesse faite exclusivement en vue d'une remise d'espèces qui ne s'était pas réalisée, le promettant pouvait repousser l'action *ex stipulatu*, soit par l'exception générale de dol, soit par l'exception *in factum* dite *non numeratæ pecuniæ* (1).

L'exception *non numeratæ pecuniæ* était dilatoire en ce qu'elle n'était accordée que pendant un certain temps, passé lequel le débiteur n'était plus recevable à alléguer la non-numération des espèces : le silence du débiteur pendant un certain temps devait en effet être considéré comme un aveu tacite de la numération (2). Le délai courait du jour où la promesse avait été faite. Aurait-t-il donc suffi au créancier d'attendre l'expiration du délai de l'exception pour pouvoir agir utilement, sans avoir à craindre l'exception ? Oui, sans doute; mais le débiteur n'était pas livré pour cela à la merci de son créan-

(1) § 2, Instit., *de Except.* — Gaius, *Comm.* IV, § 116. — Ulpian., L. 2, § 3, et L. 4, § 16, ff., *de Dolo malo et met.*

(2) Ce délai, qui fut d'abord d'une année, fut porté à cinq ans par Dioclétien, puis restreint à deux ans par Justinien (§ 2, Instit., *de Except.* — Justinian., L. 14, C., *de Non num. pecun.*).

cier, car il n'était pas tenu d'attendre qu'on l'attaquât, et il pouvait agir lui-même, avant l'expiration du délai, pour obtenir libération de la promesse qui lui avait été surprise (1).

En général, le défendeur doit prouver les exceptions qu'il oppose : *reus in exceptione actor est* (2). Par une dérogation à cette règle, le défendeur qui excipe de la non-numération des espèces n'a pas à prouver ce fait négatif : c'est au demandeur à prouver qu'il a compté les valeurs faisant l'objet de l'obligation. Cette dérogation singulière avait été sans doute introduite par une double raison : d'une part, la difficulté pour le défendeur de prouver un fait négatif; et, d'autre part, parce qu'on avait voulu faciliter la répression de fraudes qui paraissent avoir été très-fréquentes (3).

VI. *Exceptio divisionis.*—Lorsqu'une dette a été cautionnée par plusieurs fidéjusseurs, et que l'un d'eux est attaqué pour le tout, il peut demander, *in jure,* que l'action du créancier soit divisée entre tous les co-fidéjusseurs solvables : c'est ce qu'on appelle le *bénéfice de division* (4). Si, sur cette

(1) Alexand., L. 7, C., *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 1, ff., *de Except.;* — L. 19, ff., *de Probat.*

(3) Antonin., L. 3; Diocl. et Max., L. 10, C., *de Non num. pecun.*—La législation spéciale sur les Juifs d'Alsace nous présente quelque chose d'analogue : le décret impérial du 17 mars 1808, décide que les créanciers juifs seront tenus de prouver la réalité du prêt en vertu duquel ils agiront.

(4) Il fut introduit par Hadrien (Gaius, *Comm.* III, § 122).

réclamation, le demandeur consent à la division de son action, point de difficulté : l'action n'est accordée que pour la part contributoire du fidéjusseur actionné; et, dès lors, il n'y a pas d'exception à insérer dans la formule. Si, au contraire, le demandeur persiste à vouloir l'action *in solidum*, en prétendant que les autres fidéjusseurs sont insolvables, le préteur insérera dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint*. Le juge aura donc à examiner si les autres fidéjusseurs sont solvables, comme le prétend le défendeur et le dénie le demandeur : s'ils sont insolvables, l'exception n'étant pas justifiée, le défendeur sera condamné pour le tout; s'ils sont solvables, au contraire, le défendeur devra être absous pour le tout : car c'est une conséquence rigoureuse, mais logique, de l'exception, d'emporter toujours absolution complète (1).

Cette exception était dilatoire en ce qu'elle ne formait obstacle à la demande qu'autant que le créancier s'obstinait à ne pas vouloir diviser son action, sous prétexte que les autres fidéjusseurs n'étaient pas solvables.

---

(1) Paul., L. 28, ff., *de Fidejuss.*

# CHAPITRE TROISIÈME.

## PRESCRIPTIONS.

### § 317. — Objet de ce chapitre. — Renvoi.

On a déjà parlé de la nature et de la forme des prescriptions qui étaient insérées en tête des formules, soit dans l'intérêt du demandeur, soit dans celui du défendeur (§ 185-188). Nous n'avons rien d'important à ajouter à ce qui a été dit sur les prescriptions *ex parte actoris;* mais il convient d'examiner avec quelque détail les principales prescriptions *ex parte rei* (1).

(1) Dans le premier volume de cet ouvrage, en recherchant les différences qui pouvaient exister, *quant aux effets*, entre ces prescriptions et les exceptions proprement dites, on avait cru devoir proposer quelques raisons de douter contre l'opinion, d'ailleurs fort ingénieuse, émise à ce sujet par feu Zimmern. D'après ce savant interprète, les prescriptions *ex parte rei* auraient différé des exceptions, en ce que celles-ci avaient toujours pour but et pour résultat d'éteindre à toujours le droit du demandeur; tandis que les prescriptions auraient eu seulement pour effet, quand elles étaient prouvées, d'empêcher le juge de se livrer, pour le moment, à l'examen du fond du procès, sans d'ailleurs compromettre le droit du demandeur : en quoi elles ressembleraient presque entièrement aux excep-

§ 318. — Prescription d'incompétence (*præscriptio fori*).

Nous avons retracé ailleurs les règles de la compétence civile (§§ 129-135); nous n'avons plus à nous occuper ici que de la manière dont se proposait, sous la procédure formulaire, ce que nous appellerions chez nous le déclinatoire à raison de l'incompétence.

Quand le défendeur, cité devant un magistrat incompétent, élevait le déclinatoire, si l'incompétence était dès lors reconnue, le magistrat refusait au demandeur la formule d'action. — Si, au contraire, le fait sur lequel était basé le déclinatoire exigeait une vérification; par exemple, si

---

tions dilatoires de notre droit français (*voyez* page 300, note 2). — Dans l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre l'impression du premier volume de ce travail et celle du second, ce passage a été critiqué par M. Étienne, dans sa traduction du traité de Zimmern (page 298, note 1), et par M. Ortolan (page 1049, note 1).

Qu'il nous soit permis de faire remarquer : — 1° Que, dans le passage en question (§ 188), notre pensée était bien moins de nier, d'une manière absolue, l'explication du professeur allemand, que de montrer ce qu'il pouvait y avoir d'insuffisant dans les preuves sur lesquelles cette opinion était appuyée; — 2° Que nous n'avons surtout nullement contesté cette explication, en ce qui concerne la *prescriptio fori*; — 3° Enfin, que Zimmern lui-même reconnaît qu'il y avait des prescriptions dont l'effet, en cela tout semblable à celui des exceptions, *épuisait le droit du demandeur* : «Il y aurait donc eu (dit-il à la page 300 de la traduction) «deux espèces de prescriptions : les premières qui avaient «pour but d'*empêcher actuellement l'examen du fond* ; les

le défendeur soutenait ne pas être soumis à la juridiction devant laquelle il était cité, soit à raison de son domicile, soit à raison de son origine, le magistrat accordait l'action, mais en ayant soin d'insérer, en tête de la formule, une clause qui chargeait le juge de vérifier si, ou non, le déclinatoire proposé était fondé : cette clause était ce qu'on appelle *præscriptio fori*, dont la formule ne nous a pas été conservée.

Il était naturel que le juge, auquel l'affaire était renvoyée, examinât d'abord la question de compétence : pourquoi, en effet, aurait-il perdu son temps à examiner le fond d'un procès sur lequel il ne devait prononcer, qu'autant que le magistrat, qui avait délivré la formule, était lui-même compétent pour dire le droit entre les parties?

---

«autres, dont l'examen aurait eu pour résultat d'*épuiser le* «*droit du demandeur.*» A la fin de la page 298, le même auteur, après avoir établi sa thèse à l'occasion de la *prescriptio fori*, s'exprime ainsi : «Y avait-il d'autres prescriptions «de cette espèce? C'est ce que nous ne voulons pas exa-«miner.» — Nous serions donc peut-être, au fond, plus près de l'opinion de Zimmern que ceux qui ont cru prendre sa défense contre nous : car ces deux écrivains semblent étendre à *toutes* les prescriptions ce que Zimmern n'a dit que pour *quelques-unes*, et n'a dit même spécialement que pour la *prescriptio fori*. (*Voy*. les trois paragraphes suivants.)

Nous saisissons avec empressement cette occasion de remercier notre ancien condisciple, M. Étienne, de la bienveillante courtoisie avec laquelle il a toujours relevé les opinions contestables, hélas! trop nombreuses, qui peuvent se trouver dans notre travail.

Il est évident aussi que le juge, qui reconnaissait l'incompétence du magistrat qui avait délivré l'action, et par conséquent sa propre incompétence (1), ne pouvait prononcer ni condamnation, ni absolution : en ce cas, la prétention du demandeur devait être considérée comme n'ayant été ni jugée, ni même engagée en justice (*in judicium deducta*); et, par conséquent, le droit du demandeur restant entier, rien ne pouvait s'opposer (2) à ce qu'il le fît valoir de nouveau devant le magistrat compétent (3).

Il est donc vrai de dire que la *præscriptio fori*, en particulier, ne produisait pas les effets de l'exception proprement dite.

§ 319.— Prescription fondée sur la nécessité de ne pas préjuger d'autres questions (*præjudicia*).

Il arrive souvent que plusieurs questions ont

---

(1) Il est à peine utile de faire remarquer que, sous l'ancienne organisation judiciaire (*judiciorum ordo*), il ne pouvait jamais être question de la compétence du juge (*juré*) auquel le magistrat renvoyait le jugement du procès; mais seulement de la compétence du magistrat lui-même.

(2) Ni l'exception *rei judicatæ*, puisqu'il n'intervient pas de sentence sur le fond; ni même l'exception *rei in judicium deductæ*, parce que la *litis contestatio*, faite devant un magistrat incompétent, doit être considérée comme non avenue quand le défendeur a eu soin d'élever le déclinatoire. (*Voy*. §§ 204, 230 et 315.)

(3) Ulpian., L. 7, pr., ff., *Qui satisd. cog.*—L. 50 et L. 52. § 3, ff., *de Judic.* — L. 13, C., *de Except.* (*Voy.*, ci-dessus, page 332, note 1.)

entre elles une connexité telle, que la décision de l'une soit de nature à préjuger les autres. Si les parties étaient maîtresses de faire juger à leur gré l'une ou l'autre de ces questions, il serait à craindre qu'on ne soumît à la justice une question d'un mince intérêt, afin d'obtenir, de surprendre peut-être, une décision qui préjudicierait à d'autres questions d'un intérêt très-supérieur. Lors donc qu'une question de nature à en préjuger d'autres était portée devant le magistrat, le défendeur devait signaler cette circonstance, et demander que la formule fût rédigée de manière à ce que le juge ne préjugeât pas des questions qui étaient ou qui pouvaient être plus tard soulevées, soit devant la même juridiction, soit devant une juridiction différente. On y arrivait en insérant, en tête de la formule, une clause restrictive que l'on désignait sous le nom de *præscriptio* ou de *præjudicium* (1), et qui commençait ordinairement par ces mots : QUOD PRÆJUDICIUM NON FIAT..., après lesquels on indiquait la question qu'il importait de ne pas préjuger.

Quel était l'effet pratique d'une telle clause ? Le juge devait-il s'arrêter, et attendre que les parties

(1) Il faut bien se garder de confondre les *præjudicia* dont il s'agit ici, avec les *præjudicia* ou actions préjudicielles dont il a été traité, ci-dessus, aux §§ 296 et 297 : ces deux choses ne se ressemblent en rien, bien que les actions préjudicielles puissent quelquefois être intentées, précisément parce que, dans une instance antérieure, la formule aura été précédée d'une *præscriptio*.

eussent fait juger la question principale qu'il importait de ne pas préjuger? — Pouvait-il, au contraire, prononcer, condamner ou absoudre le défendeur : l'effet de la prescription se réduisant à sauvegarder les droits des parties quant aux autres questions? — Ou bien enfin, en était-il de la prescription comme de l'exception, qui, une fois prouvée, entraînait l'absolution complète du défendeur?

Les textes que nous possédons ne me paraissent pas fournir des éléments suffisants pour résoudre cette difficulté.

Zimmern pense que le juge devait *surseoir;* et M. Ortolan, qui adopte cette explication, cite comme l'établissant d'une manière évidente la L. 3, § 3, ff., *de Carbon. edict.*, la L. 16, *de Except.* et surtout la L. 18 au même titre. — Mais ces textes, examinés de près, sont loin d'être aussi concluants que le pense M. Ortolan. Pour le démontrer, examinons surtout la L. 18 sur laquelle on s'appuie avec tant de confiance. Cette loi traite simultanément deux espèces, il suffit d'en considérer une seule; la voici : Vous possédez un fonds que je prétends m'appartenir; en cet état de choses, j'agis contre vous par condiction à raison des fruits que vous avez perçus, préjugeant ainsi en ma faveur la question de propriété du fonds lui-même. On demande si l'exception ou prescription (1) QUOD PRÆJUDICIUM FUNDO PARTIVE EJUS

(1) Dans la compilation de Justinien on se sert presque indifféremment des mots *exceptio* et *præscriptio*.

NON FIAT formera obstacle à l'action, ou si elle (1) sera refusée. Le jurisconsulte répond que le préteur doit intervenir et ne pas permettre que le demandeur exerce la condiction à raison des fruits avant que la question de propriété ne soit decidée : « *Intervenire* prætorem debere *nec permittere* peti-« tori, priusquam de proprietate constet, hujus « modi judicium experiri. » Ainsi, d'après ce texte, le préteur doit intervenir, trancher lui-même la difficulté, ne pas permettre que le demandeur agisse, en d'autres termes, il doit lui *refuser l'action.* Mais si on refuse l'action, il n'y aura ni juge, ni formule, ni conséquemment de *præscriptio ;* et dès lors, le sursis n'est point ici, comme on le prétend, le résultat d'une *præscriptio* qui imposerait au juge l'obligation de surseoir, mais bien un résultat émanant directement et *de plano* de la juridiction toute puissante du préteur (*prætorem in-*

(1) Le texte porte : « An exceptio QUOD PRÆJUDICIUM... ob-« stet, an deneganda. » Ces mots *an deneganda* se réfèrent-ils à l'action ou à l'exception ? — Je crois qu'ils se réfèrent au mot *actioni*, qui est évidemment sous-entendu après le verbe *obstet ;* le sens serait donc : *An exceptio* QUOD PRÆJUDICIUM *obstet* actioni, *an* actio *deneganda.* Ce qui me porte à préférer cette leçon à celle qui lirait « *an* exceptio *deneganda,* » c'est que, avec cette dernière, la question ne serait pas en harmonie avec la réponse : en effet, à cette question *an exceptio obstet, an exceptio deneganda*, le jurisconsulte aurait dû répondre *exceptio obstabit*, ou *exceptio non obstabit* et non pas comme il le fait : le préteur doit intervenir et *refuser* l'*action.* — Au surplus, l'une et l'autre leçon laissent mon argumentation entière.

*tervenire debere*). Ce texte ne prouve donc en aucune façon la thèse de M. Ortolan. Il prouverait plutôt la thèse contraire : car, si pour empêcher que l'action demandée fût actuellement jugée, il était nécessaire que le préteur intervînt, qu'il *refusât l'action;* c'est que, sans doute, la *præscriptio* QUOD PRÆJUDICIUM ne suffisait pas pour autoriser le juge à *surseoir;* quel que fût d'ailleurs l'effet produit par une telle clause. — La L. 3, § 8, *de Carbon. edict.* s'explique pareillement en ce sens que c'est le préteur, non le juge, qui ordonne le sursis (1): d'ailleurs, ce sursis n'est nullement présenté comme le résultat d'une *præscriptio,* dont il n'est pas dit un mot dans le texte (2).

Sans pousser plus loin cette discussion, on se

---

(1) Dans plusieurs autres textes, et notamment dans la L. 7, § 1, ff., *de Injuriis,* on dit expressément que le préteur doit refuser l'action. « Rectius igitur fecerit, si hujus« modi *actionem non dederit.* »

(2) La L. 16 ne prouve pas davantage. Il y a procès entre nous touchant la propriété du fonds Titien; ce procès étant pendant, je vous en intente un second dans lequel je soutiens que le fonds Sempronien, qui est incontestablement à vous, est grevé d'une servitude au profit du fonds Titien. Cette seconde demande préjuge la première; car, pour que votre fond Sempronien pût devoir une servitude au fonds Titien, il faudrait que le premier héritage ne fût pas à vous. Le jurisconsulte décide qu'il y a lieu de recourir à la *præscriptio* QUOD PRÆJUDICIUM PRÆDIO NON FIAT; mais il ne dit nullement quelle sera l'influence de cette clause sur l'issue de l'instance.

croit autorisé à dire que rien n'est moins solidement établi que la doctrine de Zimmern, sur les effets *suspensifs* des prescriptions fondées sur les *præjudicia.* Toutefois, nous entendons seulement dire par là que cette explication ne résulte pas expressément des textes ; car, d'ailleurs, nous convenons volontiers que c'est là une conjecture ingénieuse et tout à fait vraisemblable, pourvu qu'on ne la généralise pas, comme l'a fait M. Ortolan. Et en effet, quand il y a entre deux particuliers deux sujets de controverse, l'un *principal*, l'autre *secondaire* (1), il est raisonnable d'exiger que le demandeur fasse d'abord juger la cause principale. Mais ne peut-il pas arriver aussi qu'il ne dépende pas de celui qui intente l'action secondaire de faire juger la question principale? Et alors, ne serait-il pas souverainement injuste de paralyser l'exercice d'un droit légitime, sous le prétexte que la décision à intervenir pourrait préjuger d'autres questions? Dans cette dernière hypothèse, ne suffirait-il pas que la prescription *réservât* au défendeur ses droits entiers quant à la question principale? Tel est le seul effet des prescriptions quand elles sont insérées dans l'intérêt du demandeur (§ 186) : ne serait-il pas naturel qu'une partie au moins des

---

(1) Faute de mots techniques plus exacts, j'appelle question ou cause *principale* celle qu'il importe de ne pas préjuger, ce que les Romains appelaient *causa major ;* j'appelle question ou cause *secondaire* celle qu'il convient de ne pas intenter en premier lieu, *causa minor.*

prescriptions *ex parte rei* eût un caractère analogue?

Quelle que fût l'étendue des effets des *præscriptiones* fondées sur la nécessité de ne pas préjudicier à d'autres questions, cette matière avait conduit les jurisconsultes romains à poser cette règle qu'entre deux causes connexes, la *causa minor* ne doit point préjudicier à la *causa major* (1). On considérait comme *causa major :* — 1° Celle qui était du ressort d'une juridiction supérieure ou spéciale, par rapport à celle qui ressortissait de la juridiction ordinaire (2); — 2° L'action criminelle, par rapport à l'action civile (3); — 3° L'action intéressant l'honneur (*existimatio*) ou l'état, par rapport à celle qui ne présentait qu'un intérêt pécuniaire (4); 4° Enfin, toute contestation ayant avec une autre des rapports tels que le jugement de la première dût entraîner le jugement de la seconde, sans qu'il y eût réciprocité. Par exemple, si, alors que ma qualité d'héritier n'est pas reconnue, je revendique un objet singulier en me fondant sur

---

(1) Paul., L. 51, ff., *de Judic.* — Cf., Cicero, *de Invent.*, II, 20; in Verr., III, 65; Ulpian., L. 7, § 1, ff., *de Injur.*

(2) Par exemple, une cause *fiscale* ou *centumvirale* (Julian., L. 35, ff., *de Jure fisci.*—Justinian., L. 12, C., *de Petit. hæred.*).

(3) Ulpian., L. 7, § 1, *de Injuriis ;* L. 23, § 9, ff., *ad Lege Acq.* — Cela fut changé par Gratien (L. unic., C. Theod., *Victum civiliter agere et criminal. poss.;* — L. unic. C., *Quando civil. act. criminal. præjud.*).

(4) Ulpian., L. 104, ff., *de Regul. jur.*

cette qualité d'héritier, ou bien si j'intente l'action en partage (*familiæ erciscundæ*) (1).

§ 320. — Præscriptio *longi temporis* et autres, fondées sur le temps.

On a vu que, dès l'époque des jurisconsultes classiques, certaines actions devaient être intentées dans un certain délai, ce qui devint la règle générale sous les empereurs chrétiens (*voy.* § 307). Quand une action était demandée tardivement, et que le défendeur se prévalait de cette circonstance, si l'expiration du délai était un fait avoué ou constant, le préteur refusait l'action; si, au contraire, le demandeur niait que le délai fût expiré, le magistrat insérait en tête de la formule la prescription EA RES AGATUR SI, *tel temps ne s'est pas écoulé depuis...* (2).

Parmi ces prescriptions fondées sur le temps, il faut surtout remarquer celle qui, après dix ou vingt ans, protége contre toute attaque les possesseurs des fonds provinciaux non susceptibles d'usucapion. (*Voy.*, ci-dessus, page 83.)

Les prescriptions fondées sur le temps produisaient des effets aussi complets que les exceptions; en ce sens qu'elles ne retardaient pas seulement

(1) Ulpian., L. 5, § 2; L. 7, pr. et § 1; L. 25, § 17, ff., *de Petit. hæred.* — Gaius, L. 1, § 1, ff., *Famil. ercisc.*

(2) La question de savoir si le délai était ou non expiré pouvait quelquefois conduire à des vérifications assez compliquées qui entraient dans les attributions du juge.

la décision du litige (1), mais qu'elles entraînaient, comme les exceptions proprement dites, l'*absolution* du défendeur, et par conséquent l'anéantissement du droit du demandeur.

Mais ces prescriptions, comme celles dont il a été question dans les deux paragraphes précédents, différaient des exceptions en ce que le juge ne procédait jamais à l'examen de l'exception qu'*après* avoir vérifié l'*intentio* du demandeur (§ 182 et 309); tandis que, selon toute vraisemblance, le juge examinait les prescriptions avant de s'occuper du fond du litige. Cela paraît surtout vrai pour la *præscriptio longissimi temporis*, qui fut introduite précisément pour dispenser le juge de rechercher le mérite d'actions trop anciennes (2).

Terminons la matière des prescriptions *ex parte rei*, en rappelant que, dès le temps de Gaius, la forme et la place de ces parties accessoires des formules avaient complétement changé : au lieu d'être placées avant la formule d'action, elles furent insérées à la suite de la formule, comme cela se pratiquait pour les exceptions proprement dites.

(1) Comme cela avait lieu *certainement* pour la *præscriptio fori*, et, *peut-être*, pour les *præjudicia*. (§ 318 et 319.)

(2) Il paraît en avoir été autrement quand la prescription *longi temporis* était invoquée, non en ce sens que l'action du demandeur était *éteinte* (*prescription extinctive*), mais bien en ce sens que le défendeur avait *acquis* la chose qu'on venait lui disputer (*prescription acquisitive*): dans ce ce dernier cas, la prescription était une véritable exception, qui n'était vraisemblablement examinée qu'après vérification de l'*intentio*. (Tome I[er], page 445, note 2.)

Ce changement dans la forme ne paraît pas, du reste, avoir sensiblement modifié les caractères primitifs des prescriptions.

Il importe enfin de remarquer que, depuis cette transformation, les prescriptions, reçurent souvent le nom d'*exceptions*. Ceci ne s'applique point, toutefois, à celles qui étaient fondées sur le temps, lesquelles conservèrent le nom de *prescriptions*. Ce mot a même fini par passer dans notre langue, où il sert à désigner deux choses cependant essentiellement différentes, l'*usucapion* acquisitive, et l'*extinction des droits et actions*.

# CHAPITRE QUATRIÈME.

## INTERDITS.

§ 321. — Notion générale des interdits. — En quoi ils différaient des actions proprement dites.

Comme les actions proprement dites, les *interdits* étaient aussi des formules (*formæ atque conceptiones verborum*), par lesquelles le magistrat interposait son autorité dans la vue de mettre fin à certaines contestations existant entre deux particuliers (1).

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 139. — Pr., Instit., *de Interdictis.*

Mais, nonobstant cette ressemblance générale quant au but, les interdits différaient profondément des actions proprement dites par la forme de leur rédaction, par le rôle plus direct, plus tranché qu'y jouait l'autorité du magistrat; par l'économie et l'enchaînement des procédures; enfin par la nature propre des contestations pour lesquelles ils étaient employés. Signalons, dès l'abord, quelques-unes de ces différences, dont la nature apparaîtra plus clairement dans les paragraphes suivants.

I. Dans l'action proprement dite, le Préteur ne statue point sur le fond ; il précise seulement les questions à résoudre, et renvoie les parties devant un ou plusieurs juges qu'il investit du pouvoir de condamner ou d'absoudre (§ 168 et suiv.). L'action devient ainsi la cause immédiate d'une instance, d'un *judicium*.

Dans l'interdit, au contraire, le magistrat termine sur-le-champ la contestation : il ne pose pas la question, il la tranche; il ne renvoie point devant un juge, il décide lui-même; il intime un ordre à l'une des parties (*interdits simples*), quelquefois aux deux (*interdits doubles*).— Cet ordre lui-même est toujours conçu en termes tranchants et impératifs (...VIM FIERI VETO... EXHIBEAS... RESTITUAS) qui exigent une obéissance immédiate; bien différent en cela des formes plus douces et plus réservées

— L'étymologie du mot *interdictum* en indique assez la nature, *inter duos dicere*, prononcer entre deux contendants.

de l'action : SI PARET, CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. — Si la partie à laquelle cet ordre est intimé refuse d'obéir, ou si elle conteste les faits qui ont motivé l'ordre, l'autre partie pourra demander une action proprement dite, dans laquelle le juge aura à examiner si, en fait, le défendeur a refusé d'obéir, ou si sa contestation est fondée. Ainsi, l'interdit peut bien, il est vrai, devenir l'occasion d'un *judicium;* mais ce résultat, quoiqu'ordinaire, n'est qu'accidentel: en effet, en cas d'obéissance volontaire de la partie contre laquelle l'interdit est rendu, il n'y a lieu à aucune procédure ultérieure (1).

II. L'interdit différait encore de l'action proprement dite sous le rapport du fondement juridique qui servait de base à l'un et à l'autre.

En général, nul ne pouvait réclamer une action proprement dite, si sa demande ne reposait sur un droit reconnu par la loi, ou par les autres sources de droits assimilées aux lois (2).

L'interdit, au contraire, intervenait précisément dans le cas où la prétention du demandeur ne reposait ni sur une loi, ni sur un acte équivalant à la loi.—Ceci nous conduit à parler de l'origine des interdits.

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, §§ 139, 141, 162, 163, 164, 165.

(2) *Voy.* tome I^er^, § 5.—Il en fut ainsi, d'ailleurs, jusqu'à l'époque où le préteur introduisit les actions *in factum*, lesquelles, du moins quant aux formes du langage,

§ 322. — Origine et nature juridique des interdits.

Nous n'avons de documents explicites ni sur l'époque, ni sur les causes de l'introduction des interdits dans la procédure romaine; mais le but, la nature et la forme de ces moyens judiciaires permettent d'en déterminer l'origine avec assez de précision.

L'action proprement dite suppose la violation d'un droit reconnu par la loi positive au profit de celui qui veut agir (1). Mais il existe chez tous les peuples, et il existait surtout à Rome, dans les premiers siècles, des rapports et des intérêts qui, bien que très-respectables en eux-mêmes, ne constituaient pas des droits privés reconnus et sanctionnés par la loi positive. — Ainsi, par exemple, quoique le respect de la *possession* soit un besoin de premier ordre dans toute société plus ou moins civilisée, il est constant que la possession ne fut d'abord qu'un simple fait, méconnu par la loi civile et dépourvu de toute sanction légale (2). — Ainsi encore, les particuliers avaient l'usage des choses communes, publiques, d'université, et aussi, sous

---

ne semblent pas rappeler une notion de droit.(*Voy.* §§ 174, 269 et 270.) — *Voy.* la note suivante.

(1) *Voy.* § 5. —Les actions *in factum*, et en général les actions prétoriennes, ne détruisent pas cette vérité; car ces actions sont le produit d'une époque où le Préteur exerçait de fait et dans certaines limites le pouvoir législatif.

(2) *Voy.*, ci-après, § 329, le sommaire de la doctrine des

certains rapports, celui des choses sacrées ou religieuses ; mais précisément, peut-être parce que l'usage de ces choses avait été établi en faveur de *tous*, il n'était point considéré comme constituant un droit proprement dit au profit de tel ou tel citoyen en particulier ; et dès lors il ne pouvait devenir le fondement d'une action privée.

Dans tous ces cas et autres pareils, faute de moyens légaux, les particuliers, troublés dans leur possession ou dans l'usage des choses communes, auraient été réduits à faire appel à la force, si le magistrat n'eût interposé son autorité pour maintenir la paix publique (1). Le préteur n'intervenait pas alors, comme dans les actions, en vertu de sa *jurisdictio*, mais en vertu de son *imperium*. Comme magistrat, chargé de faire les règlements de police concernant la paix et la sûreté publique, il intimait les ordres nécessaires pour prévenir les scènes de violence et les autres voies de fait qui auraient porté atteinte à la tranquillité et au bon ordre (2).

---

Romains sur la possession. — Il en était vraisemblablement de même, dans l'origine des terres publiques qui étaient généralement données à ferme aux patriciens ; ce fut même là peut être l'occasion de l'institution dont nous recherchons l'origine.

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 139 : «... Prætor aut Proconsul «principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis «interponit...»

(2) L'exactitude de ce point de vue apparaîtra avec évidence dans les paragraphes suivants : on y verra que pres-

Cet ordre du magistrat, en imposant à l'une des parties une obligation, devenait pour celle qui l'avait obtenu, la source d'un véritable droit dont la violation devait naturellement donner naissance à une action. Ainsi (et c'est l'idée la plus large et la plus exacte qu'on puisse s'en faire), l'interdit, considéré dans sa nature intime, n'était qu'un règlement de police destiné à suppléer aux lacunes de la loi, une loi spéciale faite pour la cause : ce qui fait dire à Ulpian : *Omnia interdicta licet in rem videantur concepta, vi tamen personalia sunt;* bien que les interdits paraissent conçus *in rem*, ils sont cependant *in personam* (1).

Les interdits, tels que nous les connaissons, paraissent remonter aux premiers temps de l'établissement de la préture, et par conséquent être antérieurs à la chûte de la procédure des *actions de la loi*. Il n'est pas probable, au surplus, que les inté-

---

que tous les interdits statuent sur des objets qui, dans nos sociétés modernes, sont considérés comme étant du ressort de la police administrative, la navigation des fleuves et l'entretien des rives, la circulation dans les rues et sur les routes, leur entretien, etc. etc. Il n'y a guère que les interdits possessoires qui se rapportent à l'intérêt privé; et encore, ne serait-il pas difficile d'indiquer bien des points de contact entre la possession et l'ordre public, notamment en ce qui touche l'interdit UNDE VI. — Au surplus, on peut s'étonner que les interdits n'aient pas une origine *édilitienne* plutôt que *prétorienne*.

(1) Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Interdict.* — Voici, je crois, le sens véritable de ce passage. Par ces mots, *concepta in*

rêts importants, que nous voyons protégés par les interdits au temps de la jurisprudence classique, aient jamais été, à aucune époque, absolument dépourvus de toute protection : seulement, il est tout à fait impossible aujourd'hui de savoir en quoi les remèdes judiciaires, usités avant l'introduction des interdits, différaient de ceux-ci, soit quant à la forme, soit quant aux règles du fond (1).

§ 323. — **Transformation et désuétude des interdits.**

Dans l'origine, on rendait un décret spécial pour chaque affaire ; mais les occasions de rendre des décrets pareils se reproduisant fréquemment

---

*rem*, Ulpian fait allusion aux formules d'interdits qui, de son temps, étaient insérées dans l'édit sous forme de règles générales (*voy.* § suivant), et par conséquent sans désignation des personnes auxquelles l'ordre s'adressait. Mais, au fond, l'interdit était *in personam* sous un double rapport : d'une part, en ce que dans l'origine l'interdit n'était autre chose qu'un ordre spécial, rendu contre une personne déterminée, et constituant ainsi à la charge de cette personne une véritable obligation ; d'autre part, en ce que celui qui voulait s'en prévaloir était forcément conduit à soutenir que l'*adversaire était obligé*, ce qui est le caractère de l'*action personnelle*. (*Voy.* § 273.)

(1) Nous n'avons de documents que pour le seul cas où il s'agit de régler le possessoire : nous avons déjà fait remarquer comment il y était pourvu dans l'action *per sacramentum*. (§ 150.)

avec les mêmes circonstances, les préteurs finirent par inscrire dans l'Édit des formules générales de ces décrets. Dès lors, au moins pour les cas prévus dans l'Album, on cessa peu à peu de recourir à l'intervention directe du magistrat : à quoi bon, en effet, aller solliciter une ordonnance qui, promise d'une manière générale, n'était plus refusée à personne? On s'habitua donc à demander, en vertu de l'*interdit général* inscrit dans l'Album, les mêmes actions qu'on n'aurait pu obtenir dans les premiers temps qu'à la suite d'un *interdit spécial* rendu pour l'affaire. — En d'autres termes : dans le principe, il fallait s'adresser deux fois au magistrat : la première fois, pour obtenir l'*interdit;* et la seconde, pour demander l'*action* contre celui qui s'était mis en contravention à l'interdit. Mais lorsque les interdits figurèrent dans l'Album comme règles générales, on vint *de plano* demander l'action contre celui qui avait contrevenu à l'injonction inscrite dans l'Edit.

Avec le temps, la plupart des rapports qui, primitivement, étaient protégés par des interdits, finirent par être considérés comme des droits, et furent, dès lors, protégés directement par des actions, indépendamment de tout interdit général ou spécial, réel ou supposé. C'est ainsi qu'on peut s'expliquer le concours si fréquent d'interdits et d'actions ayant à peu près le même but; par exemple, l'interdit *salvien* et l'action *servienne,* l'interdit *quorum bonorum* et la *pétition d'hérédité prétorienne,* les interdits *exhibitoires* et l'action *ad exhibendum.*

Grâce à ces transformations successives, les interdits proprement dits n'existaient plus au temps de Justinien, et étaient tous remplacés par des *actions* (1), dans le sens que cette expression obtint sous les empereurs chrétiens (§ 241).

§ 324. — Classement des interdits.

Les interdits se divisent de plusieurs manières, suivant les divers points de vue sous lesquels on les considère.

Sous le rapport des intérêts qu'il sont destinés à protéger, on distingue les interdits qui se rapportent aux choses de *droit divin*, tels sont les interdits *ne quid in loco sacro fiat, de mortuo inferendo*, des interdits qui ont pour but un intérêt purement *humain*. Ces derniers se subdivisent, à leur tour, en interdits protecteurs de l'*intérêt public*, par exemple, *ut via publica* vel *flumine publico uti liceat*, etc.; ou de l'état des personnes, par exemple, *de homine libero exhibendo*; ou enfin, d'intérêts pécuniaires; tels sont notamment tous les interdits possessoires (2). Cette première distinction, n'ayant aucune influence marquée sur les formes et les effets de l'interdit, n'est mentionnée ici que pour mémoire.

Une autre division générale, tirée de la nature

(1) Justinian., pr., Instit., *de Interdict.*: Sequitur ut dispiciamus de interdictis *seu de actionibus quæ pro his exercentur*.

(2) Ulpian., L. 1, et Paul., L. 2, ff., *de Interdictis*.

de l'ordre contenu dans l'interdit, divise tous les interdits en *prohibitoires, restitutoires, exhibitoires.* (*Voy.* ci-après la *première division.*)

Sous un autre point de vue, les interdits sont *simples* ou *doubles :* simples, si l'ordre ne s'adresse qu'à l'une des parties; doubles, si l'ordre est intimé collectivement aux deux parties. (*Voy.* ci-après la *seconde division.*)

Enfin, les interdits possessoires en particulier se subdivisent en trois catégories, suivant qu'ils ont pour objet d'acquérir, de retenir ou de recouvrer la possession (*adipiscendæ, retinendæ, recuperandæ possessionis*). Il convient même d'ajouter une quatrième classe comprenant certains interdits qui ont le double caractère d'être tantôt *adipiscendæ*, tantôt *recuperandæ possessionis.* (*Voyez* ci-après la *troisième division.*)

On va reprendre successivement ces trois divisions, en insistant seulement avec détail sur la troisième; parce que les interdits possessoires sont les seuls qui présentent pour nous un véritable intérêt.

## PREMIÈRE DIVISION.

### Interdits prohibitoires, restitutoires et exhibitoires.

#### § 325. — I° Interdits prohibitoires.— Caractères généraux et espèces.

Les interdits prohibitoires sont ceux par les-

quels le préteur *défend* (*vetat*) de faire quelque chose : VIM FIERI VETO... VETO... NE FIAT. C'est à eux que s'appliquait plus spécialement le nom d'*interdicta ;* les interdits restitutoires (RESTITUAS) ou exhibitoires (EXHIBEAS) se nommaient *decreta :* mais le mot *interdicta* finit par devenir une appellation générique, embrassant tant les interdits prohibitoires que les décrets restitutoires et exhibitoires (1).

On va maintenant énumérer les interdits prohibitoires que les textes, arrivés jusqu'à nous, permettent de connaître.

1° *De mortuo inferendo.* — Cet interdit a pour objet la protection des inhumations; en voici la formule : « QUO QUAVE ILLI MORTUUM INFERRE INVITO TE JUS EST, QUOMINUS ILLI EO EAVE MORTUUM INFERRE ET IBI SEPELIRE LICEAT, VIM FIERI VETO » (2).

2° *De sepulchro ædificando.* — Cet interdit, qui peut-être ne faisait qu'un avec le précédent, n'en différait que par l'addition de ces mots : « ...QUOMINUS ILLI IN EO LOCO SEPULCHRUM SINE DOLO MALO ÆDIFICARE LICEAT... » (3).

---

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 139-140. — § 1, Instit., *de Interdict.*

(2) Ulpian., L. 1, pr., ff., *de Mort. infer.* — Remarquez dans la formule le mot JUS, qui prouve que l'on avait fini par considérer comme un *droit* la faculté d'inhumer dans les tombeaux. (*Voy.*, § 323, *in fine.*)

(3) Ulpian., L. 1, § 5, ff., *eod. tit.*

3° *Ne quid in loco sacro fiat.* — IN LOCO SACRO FACERE, IN VE EUM IMMITTERE QUID VETO (1).

4° *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.* — Par cet interdit, le préteur pourvoit à ce qu'il ne soit fait aucun ouvrage de nature à gêner le droit qu'ont tous les citoyens de jouir des choses publiques conformément à leur destination (2).

5° *De loco publico fruendo.* — Cet interdit a été imaginé en faveur de ceux qui prenaient à loyer certaines choses publiques : « QUOMINUS LOCO PUBLICO QUEM IS, CUI LOCANDI JUS FUERIT, FRUENDUM ALICUI LOCAVIT, EI QUI CONDUXIT SOCIOVE EJUS, EX LEGE CONDUCTIONIS FRUI LICEAT, VIM FIERI VETO » (3).

6° *De via publica et itinere publico reficiendo.* — Il a pour but de protéger ceux qui réparent ou rétablissent la voie publique : « QUOMINUS ILLI VIAM PUBLICAM, ITERVE PUBLICUM APERIRE, REFICERE LICEAT, DUM NE EA VIA IDVE ITER DETERIUS FIAT, VIM FIERI VETO » (4).

7° *Ne quis via publica... ire prohibeatur.* — Cet interdit, qui se rapproche beaucoup de celui qui est mentionné plus haut sous le n° 4, protége plus expressément la libre circulation sur la voie publique : « QUOMINUS ILLI VIA PUBLICA ITINEREVE PUBLICO IRE, AGERE, LICEAT, VIM FIERI VETO » (5).

---

(1) *Voy.*, au Digeste, le titre VI du livre XLIII.
(2) *Voy.*, au Digeste, le titre VIII du livre XLIII.
(3) *Voy.*, au Digeste, le titre IX du livre XLIII.
(4) *Voy.*, au Digeste, le titre XI du livre XLIII.
(5) Ulpian., L. 2, § 45, ff., *Ne quid in loco public.*

8° *Ne quid in flumine publico.* — Cet interdit est aux fleuves ce que l'interdit *ne quid in loco publico* est aux rues et places publiques. Il protége les fleuves et leurs rives contre les usurpations et les dégradations : « NE QUID IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EJUS FACIAS, NE QUID IN FLUMINE PUBLICO NEVE IN RIPA EJUS IMMITTAS, QUO STATIO ITERVE NAVIGIO DETERIOR SIT, FIAT » (1).

9° *Ne quid in flumine... quo aliter fluat...* — Le préteur prohibe ici les travaux qui seraient de nature à changer le cours de l'eau : « IN FLUMINE PUBLICO INVE RIPA EJUS FACERE, AUT IN ID FLUMEN RIPAMVE EJUS IMMITTERE QUO ALITER AQUA FLUAT QUAM PRIORE ÆSTATE FLUXIT, VETO » (2).

10° *Ne quis in flumine... navigare prohibeatur.* — Cet interdit est aux deux précédents ce que l'interdit du n° 7 est à celui du n° 4 : « QUOMINUS ILLI IN FLUMINE PUBLICO NAVEM, RATEM AGERE, QUOVE MINUS PER RIPAM ONERARE, EXONERARE LICEAT, VIM FIERI VETO » (3).

11° *De ripa munienda.* — Cet interdit est pour les fleuves ce que celui du n° 6 est pour les routes; mais les conditions en sont plus compliquées; voici la formule : « QUOMINUS ILLI IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EJUS OPUS FACERE, RIPÆ AGRIVE QUI CIRCA RIPAM EST, TUENDI CAUSA LICEAT, DUM NE

(1) *Voy.*, au Digeste, le titre XII du livre XLIII. — Cf. L. 1, § 17, *eod.*, et Gaius, *Comm.*, IV, § 159.

(2) *Voy.*, au Digeste, le titre XIII, du livre XLIII.

(3) *Voy.*, au Digeste, le titre XIV du livre XLIII.

OB ID NAVIGATIO DETERIOR FIAT, SI TIBI DAMNI INFECTI IN ANNOS DECEM, VIRI BONI ARBITRATU VEL CAUTUM VEL SATISDATUM EST, AUT PER ILLUM NON STAT QUOMINUS VIRI BONI ARBITRATU CAVEATUR, VEL SATISDETUR, VIM FIERI VETO » (1).

11° *De arboribus cædendis.* — Quand des arbres s'avancent sur la propriété du voisin, celui-ci est autorisé à les couper entièrement s'il s'agit d'un arbre avançant sur une maison, et à les ébrancher jusqu'à 15 pieds du sol, s'il s'agit d'arbres qui empiètent sur un champ : de là, deux chefs distincts dans cet interdit : — QUÆ ARBOR EX ÆDIBUS TUIS IN ÆDES ILLIUS IMPENDET, SI PER TE STAT QUOMINUS EAM ADIMAS ; TUNC, QUOMINUS ILLE EAM ARBOREM ADIMERE SIBIQUE HABERE LICEAT, VIM FIERI VETO. — QUÆ ARBOR EX AGRO TUO IN ILLIUS AGRUM IMPENDET, SI PER TE STAT QUOMINUS QUINDECIM PEDES A TERRA EAM ALTIUS COERCEAS, TUNC QUOMINUS ILLI ITA COERCERE, LIGNAQUE SIBI HABERE LICEAT, VIM FIERI VETO (2). Le principe de cet interdit existait déjà dans les XII^e Tables (3).

12° *De glande legenda.* — Le principe de cet interdit existait aussi dans les XII Tables; en voici la formule : « GLANDEM, QUÆ EX ILLIUS AGRO IN TUUM CADAT, QUOMINUS ILLI TERTIO QUOQUE DIE LEGERE, AUFERRE LICEAT, VIM FIERI VETO » (4).

---

(1) *Voy.*, au Digeste, le titre XV du livre XLIII.
(2) *Voy.*, au Digeste, le titre XXVII du livre XLIII.
(3) Ulpian., L. 1, § 8, ff., *de Arborib. cædend.*
(4) *Voy.*, au Digeste, le titre XXVIII du livre XLIII.

13° *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* — Par cet interdit, le préteur protége tous ceux qu'il envoie, à un titre quelconque, en possession des biens d'une autre personne (1). — Dans le même but, le préteur accordait aussi une action *in factum* qui était d'une application plus large que l'interdit; car ce dernier n'était applicable qu'aux actes de violence; tandis que l'action comprenait tous les genres d'opposition que pouvait rencontrer l'envoyé en possession (2).

14° *De aqua ex castello.* — Cet interdit (qu'il ne faut pas confondre avec ceux qui protégent les diverses prises d'eau établies à titre de servitudes) venait au secours de ceux qui avaient une prise d'eau alimentée par un cours d'eau public : « Quo-

---

(1) Ces envois en possession étaient très-fréquents dans le droit prétorien qui les employait comme mesures conservatoires ou de contrainte. Aux exemples déjà cités aux §§ 195 et 199, on peut ajouter l'envoi en possession *ventris nomine*, l'envoi en possession *legatorum servandorum causa*, celui accordé dans le cas du *damnum infectum*, etc. etc.

(2) *Voy.*, au Digeste, le titre IV du livre XLIII et notamment la L. 1, pr. et § 3.

Bien que le mot *possession* figure dans sa formule, cet interdit n'est pas *possessoire*, même dans le sens large où ce mot comprend les interdits *adipiscendæ possessionis* (*voy.* § 329); car ceux que le préteur envoie en possession n'obtiennent que la simple *détention* et non la *possession juridique*. (Paul., L. 3, § 23; et L. 10, § 1, *de Poss.*—Ulpian., L. 3, § 8, ff., *Uti possid.*) — La *missio in possessionem ex secundo decreto* fait exception à la règle : car l'envoyé en possession possède civilement. (Paul., L. 3, § 3, ff., *de*

EX CASTELLO ILLI AQUAM DUCERE AB EO, CUI EJUS REI JUS FUIT, PERMISSUM EST; QUOMINUS ITA, UTI EI PERMISSUM EST, DUCAT, VIM FIERI VETO » (1).

15° *De migrando.* — Cet interdit est établi en faveur du locataire de *maison* qui éprouverait de la part du locateur des difficultés pour faire sortir des lieux loués les meubles affectés au payement des loyers (2).

16° *Uti possidetis* (3).

17° *Utrubi* (4).

18° *De itinere actuque privato* (5).

19° *De aqua cotidiana* (6).

20° *De aqua æstiva* (7).

21° *De rivis* (8).

22° *De fonte* (9).

23° *De cloacis* (10).

24° *De operis novi nunciatione* (11).

§ 326. — IIº Interdits restitutoires. — Caractères généraux et espèces.

Les interdits restitutoires sont ceux par lesquels

---

*Possess.*—Ulpian., L. 15, §§ 16 et 17, ff., *de Damn. infect.*, (*Voy.* ci-après § 361.) — Au surplus, l'interdit particulier dont il est question ici était pour le moins aussi avantageux à l'envoyé en possession qu'auraient pu l'être les interdits possessoires.

(1) Ulpian., L. 1, § 38, ff., *de Aqua cott. et æstiv.*

(2) *Voy.*, au Digeste, le titre XXXII du livre XLIII.

(3-10) Ces interdits, étant possessoires, seront traités avec détail dans la *troisième division.* (§ 338-345.)

(11) La *dénonciation de nouvel œuvre* devenait aussi l'occasion d'un interdit *restitutoire.* (*Voy.* le § suivant, nº 6, et le § 364.)

le préteur ordonne à l'une des parties de *restituer* quelque chose à l'autre (1). Il importe de remarquer que le mot latin *restituere* est beaucoup plus large que le mot français *restituer;* car il comprend non-seulement le *recouvrement* de ce qui nous a déjà appartenu, mais encore l'*acquisition* de choses sur lesquelles nous n'avions auparavant aucun droit : c'est ainsi que les interdits *adipiscendæ possessionis* sont rangés parmi les interdits restitutoires (2).

Voici maintenant les principaux interdits restitutoires.

A la plupart des interdits prohibitoires qui protégent les inhumations, les tombeaux, les lieux sacrés, les choses publiques, chemins, fleuves, etc., correspondaient des interdits restitutoires dont le but était de faire détruire ce qui avait été fait contrairement à la prohibition.

1° Ainsi, à l'interdit prohibitoire qui défend de rien faire qui puisse nuire à la voie publique, correspondait un interdit restitutoire qui ordonnait de rétablir les lieux dans leur ancien état : « QUOD IN VIA PUBLICA ITINEREVE PUBLICO FACTUM, IMMISSUMVE HABES, QUO EA VIA IDVE ITER DETERIUS SIT, FIAT, RESTITUAS » (3).

2° A l'interdit prohibitoire qui défend de rien

---

(1) § 1, Instit., *de Interdict.*

(2) § 1, Instit., *de Interdict.* — Ulpian., L. 1, ff., *Quorum bonor.*

(3) Ulpian., L. 2, § 35, ff., *Ne quid in loco publ.*

faire qui puisse nuire à la navigation des fleuves, correspondait un interdit restitutoire ordonnant de détruire ce qui aurait été fait au mépris de la prohibition : « QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EJUS FIAT, SIVE QUID IN ID FLUMEN, RIPAMVE EJUS IMMISSUM HABES, QUO STATIO ITERVE NAVIGIO DETERIOR FIAT, RESTITUAS » (1).

3° A l'interdit qui défend de rien faire qui puisse changer le cours de l'eau, correspondait un interdit restitutoire ordonnant de rétablir le cours des eaux : « QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EJUS FACTUM, SIVE QUID IN FLUMEN RIPAMVE EJUS IMMISSUM HABES, SI OB ID ALITER AQUA FLUIT, ATQUE UTI PRIORE ÆSTATE FLUXIT, RESTITUAS » (2).

4° L'interdit prohibitoire, qui protégeait ceux que le préteur envoyait en possession, se donnait aussi comme interdit restitutoire (3).

5° Il faut en dire autant de l'interdit *de cloacis* qui se donnait tantôt comme prohibitoire, tantôt comme restitutoire (4).

6° Est aussi restitutoire l'interdit tendant à faire détruire ce qui a été fait contrairement à la dénonciation de nouvel œuvre : « QUEM IN LOCUM NUNCIATUM EST, NE QUID OPERIS NOVI FIERET, QUA DE RE AGITUR : QUOD IN EO LOCO, ANTEQUAM NUNCIATIO MISSA FIERET, AUT IN EA CAUSA ESSET, UT

---

(1) Ulpian., L. 1, § 19, ff., *de Fluminib.*
(2) Ulpian., L. 1, § 11, ff., *Ne quid in flum. publ.*
(3) Ulpian., L. 3, § 2, ff., *Ne vis fiat ei qui in poss.*
(4) Ulpian., L. 1, § 13, ff., *de Cloac.*

REMITTI DEBERET, FACTUM EST, ID RESTITUAS» (1).

7° Est encore restitutoire l'interdit accordé pour faire enlever les décombres, quand un édifice est tombé sur la propriété du voisin, avant que celui-ci eût obtenu la *cautio damni infecti* (2).

8° L'interdit *quod vi aut clam* est essentiellement restitutoire : QUOD VI AUT CLAM FACTUM EST QUA DE RE AGITUR, ID, CUM EXPERIENDI POTESTAS EST, RESTITUAS (3). — Malgré la généralité de ses termes, cet interdit n'était applicable qu'aux choses immobilières (4); mais il offrait un recours contre toutes les entreprises, voies de fait et usurpations, accomplies, par violence ou clandestinement, sur le fonds d'autrui (5). Il ne faut pas le confondre avec l'interdit possessoire UNDE VI (6).

9° *Interdit fraudatoire.* — Comme l'action paulienne (§ 284), cet interdit a pour objet de révoquer les actes accomplis par le débiteur en fraude de ses créanciers : QUÆ LUCIUS TITIUS FRAUDANDI CAUSA, SCIENTE TE, IN BONIS, QUIBUS DE AGITUR FECIT : EA ILLIS, SI EO NOMINE, QUO DE AGI-

---

(1) Ulpian., L. 1, § 7; L. 20, pr.; L. 21, § 4, ff., *de Oper. novi nunc.* — *Voy.* ci-après § 364.

(2) Ulpian., L. 7, *in fin.*, ff., *de Damn. infect.* (§ 361.)

(3) Ulpian., L. 1, pr., ff., *Quod vi aut clam.*

(4) Ulpian., L. 1, § 4; Paul., L. 20, § 4, *eod. tit.*

(5) Le titre du Digeste, *Quod vi aut clam*, contient déjà un grand nombre d'applications; mais on en trouve beaucoup d'autres dispersées çà et là dans tout le corps de droit.

(6) *Voy.* ci-après le § 347.

TUR, ACTIO EI EX EDICTO MEO COMPETERE, ESSEVE OPPORTET, ET SI NON PLUS QUAM ANNUS EST, CUM DE EA RE, QUA DE AGITUR, POTESTAS EST, RESTITUAS (1).

Sont pareillement restitutoires :

10° Tous les interdits *adipiscendæ possessionis.* (*Voy.* ci-après § 330-336.)

11° Tous les interdis *recuperandæ possessionis.* (*Voy.* ci-après § 346-349.)

12° Et, à un double titre, les interdits qui sont *tam adipiscendæ quam retinendæ possessionis.* (*Voy.* ci-après § 350.)

### § 327. — III°. Interdits exhibitoires (2).

Les interdits sont dits *exhibitoires* quand ils contiennent l'ordre d'exhiber; tels sont :

1° L'interdit *de homine libero exhibendo,* dont le but est d'empêcher qu'un homme libre ne puisse être détenu illégalement par qui que ce soit :

---

(1) Ulpian., L. 10, pr., ff., *Quæ in fraud. credit.*

(2) Les interdits exhibitoires ne font point double emploi avec l'action *ad exhibendum.* Gaius nous apprend, en effet, que l'action *ad exhibendum* ne se donnait qu'à ceux qui agissaient dans un *intérêt pécuniaire,* et par conséquent pour l'exhibition des choses et des esclaves. Quant à l'exhibition des personnes libres, il fallait recourir aux interdits. (Gaius, L. 13, ff., *Ad exhib.*) — L'interdit *de tabulis exhibendis* semble déroger à cette règle : peut-être cette anomalie est-elle due à ce que le testament dont l'exhibition était demandée pouvait contenir des affranchissements.

QUEM HOMINEM DOLO MALO RETINES, EXHIBEAS. — Tout citoyen peut obtenir cet interdit, pour faire exhiber, sur-le-champ, en public, l'homme libre qu'il sait être indûment retenu (1).

2° L'interdit *de liberis exhibendis:* il est accordé au père de famille pour faire exhiber les enfants, soumis à sa puissance, qu'il se propose de revendiquer ensuite : QUI QUÆVE IN POTESTATE LUCII TITII EST, SI IS EAVE APUD TE EST, DOLOVE MALO TUO FACTUM EST QUOMINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMVE EXHIBEAS (2).

3° L'interdit *de liberto exhibendo :* il est accordé au patron qui veut faire exhiber l'affranchi dont il a à exiger les services qui ont été une condition de l'affranchissement (3).

4° Un interdit tendant à l'exhibition des personnes dont l'état était en question (4).

5° Enfin l'interdit *de tabulis exhibendis :* QUAS TABULAS LUCIUS TITIUS AD CAUSAM TESTAMENTI SUI PERTINENTES RELIQUISSE DICETUR, SI HÆ PENES TE SUNT, AUT DOLO MALO TUO FACTUM EST UT DESINERENT ESSE, ITA EAS ILLI EXHIBEAS (5).

---

(1) *Voy.*, au Digeste, le titre XXIX du livre XLIII et le titre XV du livre XLVIII. — *Voy.* ci-devant § 297.

(2) *Voy.*, au Digeste, le titre XXX du livre XLIII.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 162. — Paul., L. 2, § 1, *de Interdict.*

(4) § 1, Instit., *de Interdict.* — Cet interdit ne nous est connu que par le témoignage de Justinien.

(5) *Voy.*, au Digeste, le titre V du livre XLIII.

## DEUXIÈME DIVISION.

### Interdits simples. — Interdits doubles.

#### § 328. — Nature de cette distinction.

On appelait interdits *simples,* ceux dans lesquels l'ordre ou la défense ne s'adressait qu'à une seule des parties. Il en résultait que cette partie, ayant seule à restituer ou à exhiber ou à s'abstenir, pouvait seule contrevenir à l'interdit, et parconséquent était aussi seule exposée à une condamnation. On exprimait ce résultat en disant que l'un des plaideurs est demandeur, l'autre défendeur (1).

Dans l'interdit double, au contraire, la défense, contenue dans l'interdit, s'adressait simultanément aux deux plaideurs; de telle sorte que chacun d'eux, se trouvant obligé, pouvait être condamné en cas de contravention. Les interdits de ce genre étaient appelés doubles, dans le même sens où nous avons vu ce mot appliqué aux actions *familiæ erciscundæ communi dividundo* et *finium regendorum,* c'est-à-dire pour exprimer que chacun des plaideurs, pouvant être condamné, ou au contraire, obtenir condamnation contre son adversaire, se trouve en même temps demandeur et défendeur, et joue ainsi un double rôle dans l'instance (2).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 156 et 157.

(2) *Voy.* ci-dessus § 292, page 238, et le texte d'Ulpien qui y est rapporté.

Les interdits doubles étaient en petit nombre; il n'en est même que deux qui nous soient bien connus comme tels, à savoir, l'interdit UTRUBI et l'interdit UTI POSSIDETIS, dont on peut voir les formules aux paragraphes 338 et 339; mais peut-être en existait-il d'autres.

Quoi qu'il en soit, les interdits doubles ne se montrent que parmi les prohibitoires, et cela est naturel : en effet, si on conçoit très-bien que le préteur puisse *défendre* aux deux plaideurs de faire quelque chose; on concevrait difficilement un ordre qui enjoindrait à la fois aux deux adversaires de restituer ou d'exhiber un même objet. La division des interdits en simples et doubles n'est donc qu'une subdivision des interdits prohibitoires, dont les uns sont simples, les autres doubles; quant aux interdits restitutoires et exhibitoires, ils sont tous simples (1).

On reviendra sur les interdits doubles en traitant des interdits UTRUBI et UTI POSSIDETIS.

## TROISIÈME DIVISION.

### Interdits *adipiscendæ, retinendæ* et *recuperandæ possessionis.*

§ 329. — Nature de cette division. — Sommaire de la doctrine romaine sur la *possession* et la *quasi-possession.*

Cette troisième division n'est pas générale, car

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 158, 159 et 160. — § 7, Instit., *de Interdict.*

elle ne comprend que les interdits *possessoires*, c'est-à-dire ceux qui ont pour base une possession antérieure que le demandeur veut retenir ou recouvrer (*retinendæ* et *recuperandæ*), et ceux dans lesquels le demandeur cherche à obtenir une possession qui ne lui a point encore appartenu (*adipiscendæ possessionis*) (1).

M. de Savigny s'est appliqué à démontrer que les seuls interdits qui méritent le nom de *possessoires* sont ceux qui tendent soit à *retenir*, soit à *recouvrer* une possession antérieure que le demandeur prétend lui appartenir; parce que c'est dans ceux-là seulement que le demandeur fonde sa réclamation sur une possession antérieurement acquise. Dans les interdits *adipiscendæ possessionis*, au contraire, la demande ne trouve point sa base et son point de départ dans la possession; puisque le demandeur, qui cherche à acquérir la possession, reconnaît, par là même, qu'elle ne lui a pas encore appartenu : ces interdits ne doivent donc pas être appelés *possessoires*, puisque ce n'est point le droit de possession, mais un tout autre droit qui sert de base à la demande. Quant à cette circonstance que les interdits *adipiscendæ possessionis* auraient la possession pour *but*, elle paraît insignifiante à l'illustre auteur du *Traité de la possession*, parce qu'il est une foule d'actions qui tendent pareillement à obtenir la possession, et

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 143. — § 2, Instit., *de Interdictis*. — *Voy.* ci-après le § 330, 337, 346 et 350.

que cependant personne n'a jamais songé à considérer comme étant des moyens de droit possessoires: tels sont la *revendication*, l'action *hypothécaire*, et même plusieurs actions purement personnelles, *actio emti*, *actio depositi* (1).

On ne peut sans doute nier l'exactitude de ces observations; mais on peut se demander si elles ont assez d'importance, eu égard au fond des choses, pour qu'il soit nécessaire de s'écarter de la terminologie adoptée par les Romains.

Avant d'entrer dans l'examen détaillé des interdits possessoires, il convient d'exposer sommairement les principes du droit romain en matière de possession (2).

I. *Des diverses espèces de possession : détention, possession proprement dite, possession civile.* — Détenir et posséder, réveillent en droit des idées très-distinctes.

*Détenir*, c'est avoir une chose en sa puissanse, sans avoir d'ailleurs l'intention de la considérer comme sienne. La détention n'est donc qu'un rapport purement physique entre l'homme et la chose, rapport à peu près complétement dépourvu d'effets juridiques.

*Posséder*, c'est détenir une chose avec intention de la considérer comme sienne (*animo domini*, ou *animo sibi habendi*). La possession résulte donc

---

(1) *Traité de la possession*, § XXXV.

(2) Cette exposition sommaire n'est guère qu'un abrégé du célèbre *Traité de la possession*, de M. de Savigny.

d'un double rapport entre l'homme et la chose : rapport physique, la *détention* (*corpus*); rapport moral (*animus domini*). Il importe peu, au surplus, au point de vue qui seul nous occupe en ce moment, que le possesseur se croie propriétaire, ou sache, au contraire, que la chose appartient à une autre personne, pourvu qu'il ne veuille pas reconnaître cette personne comme propriétaire : c'est là la possession proprement dite; celle que le droit prétorien protége au moyen des *interdits*, et que pour cela on distingue souvent par la périphrase *possessio ad interdicta*.

La bonne foi du possesseur, indifférente au point de vue des interdits, est, au contraire, d'un très-grand intérêt sous un autre rapport. En effet, celui qui possède *animo domini* et de *bonne foi* (1), non-seulement jouit des interdits comme le possesseur de mauvaise foi, mais il peut, en outre, arriver à la propriété, au moyen de l'*usucapion* : c'est la possession *civile*.

En résumé, il y a donc trois espèces de possessions :— 1° La possession purement *naturelle* ou *détention*, qui est simplement la puissance physique sur une chose, sans aucune idée de s'en considérer comme propriétaire : quand on oppose cette possession aux deux autres, on dit de celui qui a la chose en son pouvoir, que *naturaliter possidet*, ou que *tantum detinet*, ou qu'il est *in possessione*, ou

(1) *Voy.*, ci-dessus, page 143, note 1.

même que *non possidet* (1). Tels sont, en général, ceux qui reconnaissent une autre personne pour propriétaire de la chose détenue, le dépositaire, le commodataire, l'usufruitier, le colon ou le locataire (2). — 2° La possession proprement dite, *animo domini*, laquelle, sans tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi, procure au possesseur les interdits, mais non l'usucapion. Par exemple, dans le cas de la donation entre époux, le donataire ne peut usucaper, et cependant il possède dans le sens propre de ce mot (3). La possession proprement dite est le plus souvent désignée simplement par les mots *possidere, possessio;* cependant, quand on l'oppose à la possession *ad usucapionem*, pour indiquer que le possesseur ne peut usucaper, on l'appelle quelquefois *possession naturelle;* et, réciproquement, on aurait pu la désigner par le nom de possession *civile*, pour l'opposer à la simple détention (4). — 3° Enfin, la possession *civile*, qui donne au possesseur et l'usucapion et l'action publicienne (5).

---

(1) Papin., L. 49; Ulpian., L. 12; Paul., L. 3. § 3, ff., *de Possess.*

(2) On verra plus bas, n° V, des exceptions remarquables dans les cas de sequestre, précaire et emphythéose.

(3) Paul., L. 26, ff., *de Donat. inter vir. et ux.;* L. 1, § 2, *pro Donat.;* L. 1, § 4, ff., *de Possess.*

(4) Ulpian., L. 1, § 9 et 10, ff., *De vi et de vi armat.*—Pour nous, nous la désignerons toujours par le seul mot *possession*, ou par l'expression *possession juridique.*

(5) *Voy.*, ci-dessus, § 277 et 282.

A la *détention* correspond l'*appréhension*, qui n'est autre chose que le fait par lequel nous acquérons pouvoir physique sur un objet : la détention n'est que l'appréhension continuée. Pareillement, à la *possession* correspond l'*occupation*, qui est l'acte de s'emparer physiquement d'un objet avec intention de le posséder comme propriétaire : la possession n'est que l'occupation continuée. — En d'autres termes encore, l'occupation est à la possession ce que l'appréhension est à la détention.

Dans ce qui va suivre, il sera toujours question de la possession proprement dite.

II. *De l'acquisition de la possession.* — De la définition même de la possession proprement dite dérivent les conditions de son acquisition : puisque la possession se compose de deux éléments, la détention physique (*corpus*) et l'intention d'avoir la chose comme propriétaire (*animus sibi habendi*), il en résulte que la possession ne peut être réputée acquise qu'à partir du moment où quelqu'un obtient puissance physique sur la chose (*corpus*), et a l'intention de la posséder pour lui-même (*animus*) (1).

1° *De l'appréhension physique.* — Elle peut s'opérer sans *contact immédiat* : il suffit que la personne soit mise, par rapport à l'objet, dans une

(1) Paul., L. 3, § 1, ff., *de Possess.* et *Sent. recept.*, V, 2, § 1 : « Possessionem acquirimus et *animo* et *corpore*. »

position telle, qu'elle ait la *possibilité d'agir physiquement sur l'objet*, toutes les fois que bon lui semblera, et d'en écarter toute action étrangère; double caractère qui suppose la *présence* de la personne à la portée de l'objet qu'il s'agit d'appréhender. N'est-il pas, en effet, tout à fait indifférent que la chose soit réellement appréhendée ou qu'elle puisse l'être à chaque instant (1)? — Ainsi, pour l'appréhension des immeubles, il n'est pas nécessaire de toucher toutes les parties du champ ou de la maison, ni même d'y entrer; il suffit d'être en présence du fonds dans des conditions à pouvoir, à son gré, y pénétrer sans obstacle (2). — Ainsi encore, l'appréhension des choses mobilières peut s'opérer de bien des manières. Elle résulte d'abord bien évidemment du contact immédiat, si, par exemple, je saisis l'objet avec la main. Elle s'opère aussi, sans contact immédiat, quand, sur mon ordre, on place l'objet en ma pré-

(1) Paul., L. 1, § 21, ff., *de Possess.*—M. de Savigny établit ingénieusement qu'il peut y avoir possibilité de disposer physiquement sans contact immédiat, et, réciproquement, contact immédiat, sans puissance physique: par exemple, si j'ai devant moi, à la portée de ma main, une pièce d'argent, n'en suis-je pas maître aussi souverain que si je la tenais dans ma main? A l'inverse, si je suis garrotté par des cordes, bien qu'en contact immédiat avec elles, ne pourrait-on pas dire que je suis possédé par elles bien plus qu'elles ne sont possédées par moi?

(2) Paul., L. 3, § 1; L. 18, § 2, ff., *de Possess.* —Ulpian., L. 77, ff., *de Rei vindic.*

sence, de façon que je puisse le saisir à mon gré (1); ou bien, lorsqu'on me livre les clefs des magasins où sont renfermés les objets dont je veux acquérir la possession; pourvu toutefois que je reçoive les clefs en présence des magasins; car, si la clef me donne la possibilité physique d'exercer ma puissance sur les choses renfermées, il faut que je sois présent, pour que cette possibilité puisse se traduire, aussitôt que je le voudrai, en une réalité active (2); ou encore, quand on dépose dans ma maison les choses que j'ai achetées, alors même que ni moi ni les miens ne toucherions à ces choses : car tout ce qui est dans ma maison est sous ma garde et en ma puissance (3).

Quelquefois même, la possession s'acquiert sans qu'il intervienne aucun acte physique : par exemple si vous me consentez vente ou donation d'une chose que vous m'aviez précédemment livrée à titre de dépôt, de commodat, de louage, etc. Dans ces divers cas, en effet, je commence aussitôt à *posséder* ce qu'auparavant je ne faisais que *détenir:* on dit alors que la possession s'acquiert *solo animo,* ce qui est inexact; car l'intention de posséder désormais comme propriétaire ne suffirait pas, si je

(1) Javolen., L. 79, ff., *de Solut.* — Paul., L. 1, § 21, ff., *de Possess.* — Javolen., L. 51, *eod. tit.* — Papinian., L. 31, § 1, ff., *de Donat.*

(2) Papinian., L. 74, ff., *de Contrah. emt.*

(3) Celsus, L. 18, § 2, ff., *de Possess.* — Ulpian., L. 9, § 3, ff., *de Jure dot.*

n'avais pas au préalable la chose en ma puissance physique (1).— En sens inverse de l'exemple précédent, je puis acquérir la possession d'une chose qui vous appartient sans que pour cela elle sorte de vos mains. Ainsi, vous me vendez votre cheval, mais il est convenu qu'à partir de ce jour et pendant un certain temps vous continuerez à vous servir de ce cheval en qualité soit de locataire, soit de commodataire. Le résultat immédiat d'un tel arrangement est de vous faire perdre la possession et de me la faire acquérir à l'instant même; et cela, sans qu'il soit nécessaire de supposer aucune fiction, aucune dérogation à la règle générale, que pour acquérir la possession il faut la réunion de *corpus* et de l'*animus*. En effet, du moment que vous consentez à tenir la chose pour mon compte, vous n'êtes plus qu'un instrument au moyen duquel j'exerce ma puissance physique sur la chose; et, comme d'autre part, j'ai l'intention d'avoir cette chose comme propriétaire, rien ne manque à mon acquisition (2).

2° *Appréhension intentionnelle* (*animus sibi habendi*). — C'est, comme on l'a déjà dit, la volonté d'avoir la chose pour soi, comme propriétaire, et à l'exclusion de tous autres : peu importe que cette intention soit licite ou illicite. — Ne peuvent évidemment satisfaire à cette seconde condition

(1) § 44, Instit., *de Rer. divis.*— Ulpian., L. 9, § 9, ff., *de Reb. cred.*

(2) Ulpian., L. 77, ff., *de Rei vindicat.*

les personnes dépourvues de volonté, les *fous* et les jeunes enfants (1), les êtres de raison, tels que l'hérédité (2), les villes et corporations (3), quoique ces êtres moraux puissent cependant acquérir des droits proprement dits (4). — On ne suppose pas non plus que cette volonté puisse exister à l'égard des choses que nous savons ne pouvoir entrer dans notre propriété: tels sont les hommes libres et les choses hors du commerce, communes, publiques, sacrées, religieuses ou saintes (5).

III. *Acquisition de la possession par autrui.* —

(1) Paul., L. 1, § 3, ff., *de Possess.* — Constantin., L. 26, C., *de Donat.* — Il y avait controverse sur la question de savoir si l'*infans* pouvait acquérir la possession par lui-même; mais tout le monde admettait qu'il pouvait acquérir la possession par son tuteur : Cf., Paul., L. 32, § 2, ff., *de Poss.*, avec Decius, L. 3, C., *de Poss.*

(2) Ulpian., L. 1, § 15, ff., *Si is qui testam. lib.*

(3) Paul., L. 1, § 22, ff., *de Poss.* — Mais les villes et corporations peuvent posséder par leurs esclaves et même par les personnes libres : Ulpian., L. 2, ff., *eod. tit.*

(4) La raison de cette différence est que l'acquisition des *droits* proprement dits est à peu près exclusivement régie par les principes arbitraires du droit civil; tandis que la possession, *res facti potiusquam juris*, échappe aux fictions et aux règles du droit civil, et se trouve presque entièrement soumise aux règles fondées sur la réalité des faits. Paul., L. 1, § 4 : ... *quoniam res facti jure civili infirmari non potest.*

(5) Javolen., L. 23; Paul., L. 1, § 6, et L. 30, § 1, ff., *de Possess.*

L'acquisition par autrui des *droits* proprement dits *réels* ou *personnels* était régie en droit romain par deux règles fort simples. — *Première règle:* Tout droit acquis par une personne soumise à notre puissance (esclave ou fils de famille), nous est acquis à l'instant même, à notre insu et même malgré nous (1). — *Seconde règle :* Nous ne pouvons acquérir aucun droit par les personnes libres (2).

Mais la possession n'était pas un droit proprement dit, ou du moins n'était pas considérée comme tel par le droit civil : *res facti potiusquam juris* (3). En conséquence les règles arbitraires et les fictions légales du droit civil n'ont pas sur la possession la même puissance que sur les droits proprement dits, création de la loi positive, et dont celle-ci dispose à son gré. La distinction si tranchée qui existe (quant à l'acquisition pour autrui des droits proprements dits) entre les personnes soumises à notre puissance et celles qui n'y sont pas soumises; cette distinction, sans être absolument effacée, perd donc beaucoup de son importance quand il s'agit de la possession.

(1) § 3, Instit., *Per quas person. nob. adq.*

(2) § 5, Instit., *eod. tit.*

(3) ... « *Rem facti non juris esse* (Paul., L. 1, § 3, ff., *de Possess.*). — ... *Possessio plurimum facti habet* (Papinian., L. 19, ff., *Ex quibus caus. maj.*). — ... *Plurimum ex jure possessio mutuatur... possessio non tantum corporis sed et juris est* » (Papinian., L. 49, ff., *de Possess.*). — La possession était donc considérée par les jurisconsultes romains comme étant en même temps *un fait* et *un droit*.

Ainsi, en premier lieu, nous pouvons acquérir la possession aussi bien par une personne libre que par notre esclave et notre fils de famille (1). —En second lieu, nous ne l'acquérons, soit par nos esclaves, soit par les personnes libres, qu'au moyen d'un acte de notre propre volonté (2).— Enfin, en troisième lieu, nous ne pouvons acquérir par nos esclaves qu'autant que nous les possédons eux-mêmes; et cela est naturel: comment, en effet, pourrions-nous avoir puissance physique sur une chose par un intermédiaire qui, lui-même, est soustrait à notre puissance physique (3)?

Ceci posé, l'acquisition de la possession par autrui est soumise à des règles dont les unes concernent le représenté, les autres le représentant. — 1° D'abord, en ce qui concerne l'appréhension physique, le représentant doit naturellement obtenir sur la chose la même possibilité d'action

---

(1) § 3 et 5, Inst., *Per quas pers.* — Cf., Paul., L. 1, § 5 et 20, ff., *de Poss.*

(2) Gaius, L. 10, § 2, ff., *de Acq. rer. dom.* — Il faut excepter le cas où la possession, acquise par l'esclave, se rattacherait au pécule de cet esclave; car, alors, nous acquérons la possession même à notre insu. (Paul., L. 1, § 5, ff., *de Possess.*)

(3) Ainsi nous ne pouvons acquérir la possession par notre esclave, qui serait possédé par un tiers. (Paul., L. 1, § 15, ff., *de Possess.*—L. 31, § 2, ff., *de Usucap.*)—Quant à l'esclave *en fuite*, il y avait eu dissentiment entre les juris consultes. (Paul., L. 1, § 14, et Hermogen., L. 50, § 1, ff., *de Possess.*)

physique, que s'il voulait acquérir pour lui-même. — Quant à l'*animus domini*, il faut que le représentant ait la volonté de posséder la chose, non pour lui-même, mais pour celui qu'il représente (1). — 2° Il faut que le représenté ait lui-même la volonté d'acquérir la possession : *ignoranti possessio non adquiritur* (2).

Quant à l'instant précis où l'acquisition se trouve consommée en notre faveur par un intermédiaire, il faut distinguer si cet intermédiaire avait l'ordre ou le mandat spécial d'acquérir cette possession, ou si, au contraire, il l'a acquise spontanément à notre profit, à la façon d'un *negotiorum gestor*. Dans le premier cas, la possession nous est acquise du moment même où notre agent l'a acquise; alors même que nous ignorons le moment où cette acquisition a eu lieu. Dans le second cas, elle ne nous est acquise que du moment où nous ratifions ce qui a été ainsi fait en notre nom (3).

Paul résume les principales idées précédentes en ces termes très-concis : « Possessionem adqui-

---

(1) Paul., L. 1, § 19 et 20, ff., *de Possess.*

(2) Mais n'est pas considéré comme *ignorant* celui qui, ayant donné mandat d'acquérir la possession, ignore l'instant où le mandataire a pris possession. Ainsi se concilient plusieurs textes qui, au premier abord, paraissent en contradiction : Nerat., L. 13, ff., *de Adq. rer. dom.* — Sever. et Anton., L. 1, C., *de Poss.* — Paul., *Sentent.*, V, 2, § 2. — Ulpian., L. 42, § 1, ff., *de Poss.*

(3) Ulpian., L. 42, § 1, *de Poss.*

« rimus et animo et corpore: *animo* utique *nostro;* « corpore vel *nostro*, vel *alieno* » (1).

IV. *Conservation et perte de la possession.* — Cet énoncé indique une même question traitée sous un double aspect; mais ces deux manières diverses d'envisager un même sujet sont loin d'être inutiles pour la netteté des idées.

1° *Conservation de la possession.* — Il est évident, d'abord, que la possession acquise doit se continuer tant que le possesseur conserve avec la chose le double rapport physique et moral (*corpus* et *animus*), dont la réunion consomme l'acquisition de la possession. Mais on conçoit aisément que si, pour conserver la possession, il fallait que ce double élément restât incessamment aussi entier qu'au moment de l'acquisition, la conservation de la possession serait à peu près impraticable : qui pourrait en effet se condamner à demeurer incessamment à portée d'agir physiquement sur une chose, et avoir sans cesse sa volonté tendue vers le même objet? D'ailleurs la raison et l'analogie se réunissent pour établir qu'il doit être moins difficile de conserver un droit acquis, que de le conquérir. Ces idées générales expliquent et justifient suffisamment les principes suivants. — 1° Nous conservons la possession alors même que nous nous éloignons de la chose; si d'ailleurs cet éloignement n'a pas lieu avec l'in-

(1) Paul., *Sentent. recept.*, V, 2, § 1.

tention d'abandonner la possession; et que, d'un autre côté, un tiers ne profite pas de notre éloignement pour s'emparer de la chose. — 2° A l'égard des immeubles, en particulier, nous en conservons la possession juridique, alors même qu'un tiers s'en est emparé en notre absence, tant que ce fait n'est pas arrivé à notre connaissance (1).

(1) Papinian., L. 46, ff., *de Poss.* — Cf. Paul., L. 3, § 7 et 8; Ulpian., L. 6, § 1; Paul., L. 7; Celsus, L. 18, § 3 et 4; Pompon., L. 25, § 2, ff., *eod. tit.*— Diocl. et Max., L. 4, C., *eod. tit.* — Cette exception en faveur de la possession des immeubles se traduit en cette règle importante que, relativement à cette espèce de biens, il ne peut y avoir possession clandestine d'un fonds possédé par un autre; ce qui expliquera plus tard la disparition de l'interdit *de Clandestina possessione.* (*Voy.*, § 348.)

Mais, qu'arrivera-t-il au moment où le possesseur vient à apprendre que, pendant son absence, on s'est emparé du fonds dont il avait la possession? Il y a trois hypothèses à faire. — 1° Si, dès que je suis averti, j'accours pour chasser l'usurpateur, et que je le chasse en effet, à proprement parler, je n'ai jamais perdu ma possession et l'autre ne l'a jamais acquise. (Arg., L. 17, ff., *de Vi.*) — 2° Si, au contraire, je suis vaincu dans la lutte et expulsé du fonds, je perds la possession, non par l'effet de l'occupation clandestine consommée en mon absence, mais bien par l'effet de l'expulsion violente. (Ulpian., L. 1, § 24, ff., *de Vi.*)— 3° Enfin, si je m'abstiens de rien faire, je perds la possession, moins par le fait de mon adversaire que par mon adhésion tacite à l'usurpation (*animo meo*). Ceci n'est vrai, toutefois, que pour le cas où mon inaction n'aurait pas pour cause la frayeur que m'inspirerait l'usurpateur: dans ce dernier cas, en effet, je pourrais être considéré comme ayant perdu la possession par la violence de mon adversaire. (Julian., L. 33, § 2, ff., *de Usurp.*

— 3° Pour conserver la possession, il n'est pas nécessaire que notre intention d'avoir la chose comme propriétaire se perpétue d'une manière *active :* d'où il suit que le fou qui n'aurait pu acquérir la possession (par lui-même), peut néanmoins continuer celle qu'il aurait acquise avant de tomber en démence (1). — 4° Puisque nous pouvons acquérir la possession par autrui, nous pouvons, à plus forte raison, la conserver par un tiers.

2° *Perte de la possession.* — En règle générale nous perdons la possession quand l'une ou l'autre des deux conditions requises pour son acquisition vient à cesser *complétement* (2), c'est-à-dire quand

— Ulpian., L. 9, ff., *Quod met. caus.* — Cicero, *pro Cæcina*, 16. — *Voy.*, pourtant, Ulpian, L. 1, § 29, et L. 3, § 7, ff., *de Vi.*

(1) Procul., L. 27, et Ulpian., L. 29, ff., *de Poss.*

(2) Je dis *complétement*, parce que, ainsi qu'on vient de le voir, il n'est point nécessaire, pour la continuation de la possession, que l'*animus* et le *corpus* soient aussi énergiquement caractérisés que lorsqu'il s'agit d'acquérir la possession.—Un texte célèbre de Paul, la L. 153, ff., *de Regulis juris*, paraît dire que, pour perdre la possession, il faudrait la perte réunie et de l'*animus* et du *corpus :* « Fere « quibuscumque modis obligamur iisdem in contrarium « actis liberamur. Cum quibus modis adquirimus, iisdem in « contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio ac- « quiri nisi *animo* et *corpore ;* ita nulla amittitur nisi in qua « UTRUMQUE in contrarium actum. » M. de Savigny a prouvé jusqu'à l'évidence que le mot *utrumque*, qui fait toute la difficulté, devait être pris dans le sens de *alterutrum.* (*Traité de la possession*, § XXX.)

notre intention de posséder fait place à une intention contraire; ou lorsque la possibilité d'agir physiquement sur la chose s'est évanouie ; à plus forte raison, si le rapport physique et le rapport moral se trouvent tous les deux détruits par un acte et une volonté en sens contraire. Il faut maintenant développer la règle précédente. — 1° *Perte de la possession par la seule intention* (*solo animo*). On a vu qu'il n'était pas nécessaire à la conservation de la possession que l'intention de posséder pour soi (*sibi habendi*) persistât *activement :* le possesseur peut impunément oublier la chose qui fait l'objet de sa possession. La possession ne se perd donc, *solo animo,* que par la résolution arrêtée de ne plus posséder (1); et, par conséquent, celui qui n'a pas de volonté, comme le fou, ne peut perdre la possession de cette manière (2). — 2° *Perte de la possession par le fait seul* (*solo corpore*). La possession se perd *solo corpore,* à l'égard des immeubles, lorsque, par un événement naturel (par exemple l'envahissement du fonds par la mer ou par un fleuve), le possesseur

(1) Paul., L. 3, § 6; Ulpian., L. 17, § 1, ff., *de Possess.*— On peut citer, comme exemple de la perte *solo animo,* le cas où, en vous vendant une chose, il est convenu entre nous que je la conserverai à titre de *locataire :* comme, dans ce cas, je perds la possession sans que mes rapports physiques avec l'objet soient changés, il est exact de dire que je perds la possession *solo animo.*

(2) Procul., L. 27; Ulpian., L. 29, ff., *de Possess.*

ne peut plus exercer son pouvoir sur la chose (1); ou bien, lorsqu'il est expulsé violemment du fonds par une autre personne (2); ou bien encore lorsque, en notre absence, un autre s'empare de l'immeuble, avec l'intention de nous résister quand nous nous présenterons pour y rentrer; mais, dans ce cas, la perte ne commence que du moment où nous avons connaissance de l'usurpation (3). — La possession se perd *solo corpore*, à l'égard des choses mobilières, lorsqu'un autre s'en empare par violence ou d'une manière clandestine (4); lorsque nous perdons la chose (5); lorsque des animaux sauvages s'échappent, ou que des animaux apprivoisés perdent l'habitude de revenir (6). — 3° *Perte de la possession animo et corpore.* On peut citer, comme exemples, tous les cas où le propriétaire aliène par tradition (*vacuam tradit*

(1) Paul., L. 3, § 17, et L. 30, § 3, ff., *de Possess.*

(2) Ulpian., L. 1, § 21, ff., *de Vi.* — Julian., L. 33, § 2, ff., *de Usurp.*

(3) Paul., L. 3, § 7; Ulpian., L. 6, § 1; Papinian., L. 46. ff., *de Possess.* — Cette règle n'avait pas été admise sans controverses: *Voy.* Ulpian., L. 6, § 1, et Paul., L. 7, *eod. tit.* — Cf. Celsus, L. 18, et Pompon., L. 25, § 2, *eod. tit.*

(4) Gaius, L. 15, ff., *de Possess.* — Quand il s'agit d'*immeubles*, l'usurpation *clandestine*, c'est-à-dire celle où le possesseur se propose de nous celer son occupation, ne nous fait point perdre la possession. (*Voy.*, ci-dessus, page 380, note 1.)

(5) Pompon., L. 25, pr., ff., *de Possess.*

(6) Paul., L. 3, § 13-16, ff., *de Possess.*

*possessionem*) (1). — 4° *Perte de la possession par autrui.* — De même que nous pouvons acquérir la possession par autrui, nous pouvons aussi la perdre. Lors donc que nous possédons par un tiers (locataire, fermier, commodataire, etc.), qui détient pour nous, la perte de la possession peut avoir lieu, par le représentant, de plusieurs manières. En premier lieu, par son *infidélité*, si, changeant d'intention, il veut désormais posséder pour lui-même la chose qu'il détenait pour nous auparavant: mais les jurisconsultes romains ne considèrent la perte de la possession comme opérée, à l'égard des immeubles, que du moment où nous avons connaissance du changement d'intention de notre représentant (2); et, à l'égard des meubles, quand son infidélité réunit tous les caractères du vol (3). — Nous pouvons encore perdre la possession par notre représentant, s'il se laisse expulser par violence (4); s'il perd la chose; s'il l'abandonne et qu'un autre s'en empare; mais, dans ce cas, la perte ne commence pour nous que du moment où cet abandon est parvenu à notre connaissance (5).

V. Pour le but qu'on se propose principalement

(1) Cels., L. 18, § 2; et Pompon., L. 33, ff., *de Possess.*

(2) Marcel., L. 20, ff., *de Possess.*

(3) Paul., L. 3, § 18, *de Possess.* — Cf. L. 1, § 2, et L. 67, ff., *de Furt.*

(4) Ulpian., L. 1, § 22, ff., *de Vi et de vi arm.*

(5) Julian., L. 33, § 4, ff., *de Usurp.* — Cf. L. 12, C., *de Possess.*

ici, à savoir l'explication des interdits possessoires, il importe maintenant de faire connaître divers cas dans lesquels le possesseur, en livrant la chose possédée à une autre personne, lui transmet tantôt la *possession juridique,* tantôt la *simple détention.* M. de Savigny, que nous suivons, les a méthodiquement rangés en trois classes. — 1° *Cas où la possession juridique n'est jamais transmise avec la détention.* Il en est toujours ainsi quand la tradition est faite à un *procureur* que nous chargeons d'administrer la chose possédée (1); quand nous livrons la chose à titre de *commodat* (2), de louage (3), d'*usufruit,* d'*usage,* d'*habitation,* ou de toute autre servitude (4); dans les divers cas de *missio in possessionem* (5); et enfin lorsqu'un fonds est livré à quelqu'un dans la vue de lui conférer le *droit de superficie* (6). — 2° *Cas où la possession juridique est toujours transmise avec la détention.* Cela

(1) Ulpian., L. 1, § 22, ff., *de Vi et de vi arm.*

(2) Pompon., L. 8, ff., *Commod.* — Paul., L. 3, § 20, ff., *de Possess.*

(3) Ulpian., L. 6, § 2, ff., *de Precario.*— Pompon., L. 25, § 1, ff., *de Possess.*

(4) Ulpian., L. 6, § 2, ff., *de Precario.* — Venul., L. 52, pr., ff., *de Possess.*

(5) Mais, à défaut d'*interdit possessoire,* le *missus* a un interdit spécial. (*Voy.,* ci-dessus, page 358, note 1.) — La *missio in possessionem ex secundo decreto* donne, au contraire, la possession juridique.

(6) Ulpian., L. 3, § 7, ff., *Uti possidet.* (*Voy.,* ci-après, § 340.) — L'usufruitier et le superficiaire ont la *quasi-possessio juris.* (*Voy.,* ci-après, n° VI.)

arrive dans l'*emphitéose* (1) et dans le *gage* (2). — 3° *Cas dans lesquels la possession juridique est tantôt transmise et tantôt non transmise avec la détention.* Cela se rencontre dans le *dépôt* et le *précaire.* En général, le dépôt ne transmet au dépositaire qu'une simple détention: c'est par exception seulement que, dans le *séquestre* d'une chose litigieuse, la convention expresse des plaideurs transmet la possession juridique au dépositaire (3). A l'inverse, le précaire transmet, en général, la possession juridique; et, exceptionnellement seulement, la simple détention (4).

VI. *Quasi possessio juris.* — La possession dont il a été question jusqu'ici n'est en définitive que l'exercice matériel du droit de propriété ou, en d'autres termes, le fait correspondant à ce droit. Rien de plus naturel que d'admettre aussi, pour les servitudes et autres démembrements de la propriété, un fait correspondant au droit; lequel fait, à savoir l'exercice effectif de la servitude, consti-

(1) Mais peut-être serait-il plus rationnel de ne reconnaître à l'emphytéote, comme à l'usufruitier, qu'une simple *quasi-possessio juris.*

(2) Mais le créancier gagiste ne possède que *ad interdicta;* le créancier continue à posséder *ad usucapionem.* Javolen., L. 16, ff., *de Usurpat.*—Paul., L. 37, ff., *de Pign. act.* — Julian., L. 36, ff., *de Possess.*

(3) Paul., L. 3, § 20, et Julian., L. 39, ff., *de Possess.* — Florent., L. 17, § 1, ff., *Deposit.*

(4) Ulpian., L. 4, § 1, ff., *de Precario,* et L. 10, pr., et § 1, ff., *de Possess.*

tuerait la possession de cette servitude. C'est aussi là ce qui était arrivé. — Mais, par suite des habitudes de langage que nous avons déjà eu occasion de critiquer (1), les jurisconsultes romains ne voyaient de choses *corporelles* qu'autant qu'il s'agissait de propriété; pour eux, les servitudes ne réveillaient que l'idée d'un droit (*res incorporalis*) : or, comme la possession suppose un *fait matériel*, qui ne peut exister qu'à l'égard des choses corporelles, ils avaient été conduits à ne considérer comme possession proprement dite que celle qui correspond au droit de propriété; quant à l'exercice des servitudes (*res incorporales*), il ne constituait, pour eux, qu'une possession improprement dite, qu'ils désignaient, à cause de cela, par l'expression *quasi possessio juris* (2).

Au surplus, en ce qui concerne les *interdits* et l'*usucapion*, la *quasi-possessio* est, en général, régie par les mêmes principes que la possession proprement dite.

### § 330. — Interdits *adipiscendæ possessionis* en général.

Les interdits *adipiscendæ possessionis* avaient pour objet de procurer à une personne la possession réelle de choses qu'elle n'avait point en-

---

(1) *Voy.*, ci-dessus, page 63 et suiv.

(2) Paul., L. 3, pr., ff., *de Possess.*, et L. 4, § 24, *de Usurp.* — Ulpian., L. 3, § 17, ff., *de Vi et vi arm.*, et L. 23, § 2, ff., *ex Quib. caus. maj.*

core possédées; mais non de lui faire recouvrer une possession antérieure qu'elle aurait perdue. Il était, en effet, pourvu à cette dernière situation, au moyen des interdits *recuperandæ possessionis*. Les interdits *adipiscendæ possessionis* ne sont pas fort nombreux : on n'en connaît aujourd'hui que six, savoir : *quorum bonorum, possessorium, sectorium, salvianum, quod legatorum* et *quo itinere;* le *possessorium* et le *sectorium* ne nous sont même connus que par la découverte du manuscrit de Gaius.

### § 331 — Interdit *adipiscendæ possessionis*. — I° Interdit QUORUM BONORUM.

La formule de cet interdit en résume très-bien la nature. Elle était ainsi conçue : QUORUM BONORUM EX EDICTO MEO ILLI POSSESSIO DATA EST, QUOD DE HIS BONIS PRO HÆREDE AUT PRO POSSESSORE POSSIDES, POSSIDERESVE SI NIHIL USUCAPTUM ESSET; QUOD QUIDEM DOLO MALO FECISTI UT DESINERES POSSIDERE, ID ILLI RESTITUAS (1).

Cet interdit était donc accordé aux successeurs prétoriens (*bonorum possessores*), qu'ils fussent ou non héritiers d'après le droit civil; pourvu que, dans l'un et l'autre cas, ils eussent réclamé la *bonorum possessio* dans le délai voulu (2).

(1) Ulpian., L. 1, pr., ff., *Quor. bonor.*

(2) *Voy.*, ci-dessus, pages 15 et 16, et les notes. — Il faut se garder de confondre les *possesseurs de biens*, ou hé-

Il procurait au successeur la possession réelle de tous les objets corporels dépendant de la succession; mais il était sans application aux créances héréditaires (1).

Comme la pétition d'hérédité, avec laquelle il a tant de points de ressemblance (§ 281), l'interdit *quorum bonorum* n'était efficace que contre ceux qui possédaient des corps héritaires *pro possessore* ou *pro hœrede*. On a déjà fait connaître le sens de ces deux titres de possession (2) : il reste seulement une remarque à faire au sujet de la possession *pro hœrede*. Au temps des jurisconsultes classiques, cette expression comprenait le possesseur qui était *véritablement héritier*, non moins que celui qui se croyait héritier sans l'être. L'interdit *quorum bonorum*, toujours efficace contre le dernier, l'était encore, même contre le possesseur véritable héritier, toutes les fois que, dans l'ordre successoral de l'Édit, le *bonorum possessor* occupait un rang préférable à celui de l'héritier civil. Il en

---

ritiers du droit prétorien, avec ceux que le Préteur envoie en possession, soit à titre de mesure conservatoire, soit pour arriver à la vente des biens du débiteur. Au moyen de l'interdit *quorum bonorum*, le *bonorum possessor* (héritier prétorien) obtient la possession juridique. Le *missus in possessionem* ne l'obtient jamais; mais, à l'aide de l'interdit non possessoire qui lui est particulier, le *missus* arrive seulement à la détention. (*Voy.*, ci-dessus, page 358, note 2.)

(1) Paul., L. 2, ff., *Quor. bonor.*

(2) *Voy.*, ci-dessus, page 133 et les notes 3 et 4.

était ainsi, par exemple, dans le cas d'opposition entre un enfant émancipé et un agnat. En effet, quoique l'enfant émancipé fût complétement exclu par le droit civil, et que, au contraire, l'agnat fût appelé par le droit civil et par le droit prétorien; cependant, comme l'enfant émancipé était réintégré dans le premier ordre de successeurs (*unde liberi*), tandis que l'Édit n'appelait les agnats qu'en second ordre (*unde legitimi*), cet enfant pouvait, au moyen de notre interdit, se faire restituer par l'agnat la succession que celui-ci aurait appréhendée en vertu de son titre d'héritier civil (1). Il en était autrement quand la contestation s'élevait entre un *bonorum possessor* et un héritier qui, même dans l'ordre successoral de l'Édit, aurait pu obtenir la *bonorum possessio* de préférence à celui qui, de fait, l'avait seul obtenue. Par exemple : un cognat a réclamé en temps utile la *bonorum possessio* (*unde cognati*); mais les biens héréditaires ont été appréhendés par un *agnat* qui, d'ailleurs satisfait de son titre d'héritier civil, n'a pas cru devoir y joindre la qualité de successeur prétorien (*bonorum possessor*), qu'il eût pu obtenir en la demandant en temps utile. Quoique le cognat ait seul obtenu la B. P., et se trouve ainsi avoir, à la possession, un titre qui manque

(1) Le résultat n'eût pas changé alors même que l'agnat aurait obtenu la *bonorum possessio unde legitimi* ; car cette B. P. ne vient qu'en second ordre et après la B. P. *unde liberi*.

absolument à l'agnat; cependant on décide que l'interdit *quorum bonorum* demeure stérile dans les mains de ce cognat (1) : il eût été inique, en effet, de faire perdre à l'agnat des biens qui lui étaient dévolus par le droit civil, et auxquels le droit prétorien lui-même l'appelait de préférence au cognat, et cela uniquement pour avoir négligé d'ajouter un second titre (celui de *bonorum possessor*) au titre d'héritier civil qui avait dû lui paraître suffisant. — Sous Justinien, grâce à la fusion qui s'était opérée entre le droit civil et le droit prétorien, nul n'est héritier sans être en même temps *bonorum possessor*, et réciproquement : la *bonorum possessio sine re* ne peut donc plus se présenter ; et par conséquent l'interdit *quorum bonorum* ne peut plus avoir lieu contre un possesseur qui serait véritablement héritier.

Il faut aussi remarquer, dans la formule de l'interdit, les mots *possideresve si nihil usucaptum esset:* le possesseur doit restituer tout ce qu'il détient et tout ce qu'il a usucapé. Autrefois, on ne pouvait s'expliquer que le défendeur fût tenu de

(1) On dit alors que le cognat a la *bonorum possessio sine re*, le titre sans la réalité, la qualité mais non l'effet utile. (Gaius, *Comm.* III, § 35-37.)—Comment arrivait-on à paralyser dans les mains du *bonorum possessor sine re* l'interdit *quorum bonorum*? Aucun texte ne nous l'apprend : il est vraisemblable que c'était ou par le refus de l'interdit, où par une exception, suivant que la qualité d'héritier civil était reconnue ou contestée devant le magistrat.

restituer ce qu'il avait usucapé : mais Gaius, en nous apprenant nettement ce qu'était la possession *pro hœrede*, nous a fait connaître en même temps qu'un sénatus-consulte, rendu sur la proposition d'Adrien, avait décidé que les usucapions *pro hœrede* pouvaient être révoquées sur l'action en pétition d'hérédité; et il était naturel qu'il en fût de même pour l'interdit *quorum bonorum* (1).

De la grande analogie qui existe entre l'interdit *quorum bonorum* et la *pétition d'hérédité possessoire,* M. de Savigny a conjecturé que cette action avait été introduite à l'imitation de l'interdit, et pouvait en tenir lieu. M. Du Caurroy n'approuve pas cette conjecture : il soutient que l'interdit et l'action dont il s'agit avaient chacun leurs effets propres ; et il fait remarquer notamment que l'interdit n'atteignait que les choses corporelles, tandis que la pétition d'hérédité embrassait aussi les créances. Cet argument est loin d'être décisif ; car il est naturel qu'en introduisant la pétition d'hérédité possessoire à l'imitation de l'interdit, on lui ait cependant attribué quelques effets qui manquaient à ce dernier. Il est vrai que cela aurait dû faire abandonner à peu près complétement l'usage de l'interdit; mais peut-être l'avait-on conservé comme procédure plus rapide.

(1) Gaius, *Comm.* II, § 52-57. — Sous ce rapport, la pétition d'hérédité et l'interdit *quorum bonorum* produisent un résultat analogue à celui de la contre-publicienne. (§ 283.)

§ 332. — Interdits *adipiscendæ possessionis.* — II° Interdit POSSESSORIUM.

Cet interdit, dont la formule ne nous est pas parvenue, était accordé à l'*emtor bonorum* pour se faire mettre en possession des biens par lui achetés (1). L'*emtor bonorum,* c'est-à-dire celui à qui avaient été adjugés en bloc les biens du débiteur insolvable, était assimilé à un successeur. L'adjudication ne conférait pas à l'acheteur la propriété quiritaire des biens, mais seulement l'*in bonis* qui se convertissait en propriété civile au moyen de l'usucapion (2). Il semblerait dès lors naturel que l'*emtor* agît par action publicienne (§ 282); mais il faut remarquer que cette action n'est accordée qu'à celui qui, étant en voie d'usucaper, viendrait à perdre la possession, c'est-à-dire à celui qui *a déjà possédé :* or, le but de l'interdit *possessorium* était précisément de faire acquérir à l'*emtor* cette possession, sans laquelle l'usucapion n'aurait pu commencer à son profit.

§ 333. — Interdits *adipiscendæ possessionis.* — III° Interdit SECTORIUM.

L'interdit *sectorium* est de même nature que le précédent : il était accordé à ceux qui avaient acquis des biens mis en vente au nom de l'État.

Quant à son nom, il vient de ce qu'on appelait

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 145.
(2) Gaius, *Comm.* III, § 77-81.

*sectores,* les adjudicataires de biens vendus de cette manière (1).

§ 334. — Interdits *adipiscendæ possessionis.* — IV° Interdit SALVIANUM.

L'interdit Salvien était donné au bailleur de fonds ruraux pour se faire mettre en possession des objets que le fermier avait affectés au payement des fermages (2).

Cet interdit tendait au même but que l'action servienne (§ 286 et 285); cependant il ne paraît pas que ces deux moyens judiciaires fissent double emploi : l'interdit atteignait le but comme voie possessoire et au moyen de la procédure propre aux interdits ; l'action était une voie pétitoire soumise à la procédure ordinaire des actions.

Y avait-il d'autres différences entre l'interdit et l'action que les différences générales qui viennent d'être signalées? Cela est fort douteux. M. Du Caurroy, combattant une opinion de M. de Savigny, pense que l'interdit Salvien avait été imaginé pour assurer au locateur un certain avantage sur les autres créanciers hypothécaires, auxquels les mêmes objets auraient pu être antérieurement hypothéqués; et cet avantage, d'après le savant professeur, aurait consisté en ce que le locateur aurait

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 146.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 146. — *Voy.*, au Digeste, le titre XXXIII du livre XLIII. — *Voy.* aussi, ci-dessus, page 173.

obtenu avec l'interdit le bénéfice du rôle de défendeur, et réduit les créanciers hypothécaires au rôle de demandeurs. Cette explication, qui d'ailleurs est purement conjecturale, ne semble pas satisfaisante. D'une part, quel avantage si grand y avait-il donc pour le locateur à obtenir une possession que l'action hypothécaire des créanciers antérieurs pouvait lui ravir presque aussitôt? D'un autre côté, comme le locateur ne pouvait sans doute se prévaloir de l'interdit Salvien, sans justifier de l'existence du pacte intervenu entre lui et son fermier, n'aurait-il pas été plus avantageux d'agir immédiatement au pétitoire par action servienne? La conjecture de M. Du Caurroy serait pleinement justifiée, si l'interdit Salvien eût fait obtenir au locateur un droit de préférence, même sur les créanciers hypothécaires antérieurs; mais nous ne pensons pas que cet auteur ait eu la pensée d'aller jusque-là (1).

§ 335. — Interdits *adipiscendæ possessionis.* — V° Interdit QUOD LEGATORUM.

Cet interdit était donné à l'héritier pour se faire

(1) Un texte de Gordien semblerait même faire douter que l'interdit Salvien fût utile contre d'autres que contre le fermier lui-même (Gordian., L. 1, C. *de Precar.* et *Salvian. interd.*), ce qui renverserait complétement la doctrine de M. Du Caurroy. Mais plusieurs textes paraissent établir clairement que l'interdit se donnait contre tout possesseur. (Julian., L. 1, § 1; Ulpian., L. 2, ff., *de Salvian. interd.*) Au reste,

restituer tout ce qui aurait été appréhendé, sans sa participation, à titre de legs.

Il était *adipiscendæ possessionis*, en ce que l'héritier, qui n'avait point encore eu la possession des objets appréhendés à titre de legs, obtenait cette possession au moyen de l'interdit (1).

§ 336. — Interdits *adipiscendæ possessionis*. — VI° Interdit QUO ITINERE.

La formule de cet interdit, rapportée au Digeste, était : QUO ITINERE VENDITOR USUS EST, QUOMINUS EMTOR UTATUR VIM FIERI VETO (2).

La servitude de chemin était, à Rome, susceptible de possession (3). Mais l'acheteur ne continue pas la possession du vendeur : l'acheteur, qui serait troublé dans l'exercice de la servitude, avant d'avoir lui-même acquis personnellement la possession, ne pourrait donc se fonder sur la possession antérieure du vendeur, pour demander l'interdit *retinendæ possessionis* dont il sera parlé

---

comme rien ne prouve que, lorsque le possesseur était un créancier hypothécaire antérieur, il ne pût pas repousser l'interdit en arguant de l'antériorité de son hypothèque, les textes précités doivent être considérés comme laissant entière la question que M. Du Caurroy a cru résoudre en les invoquant.

(1) *Voy.*, au Digeste, le titre III du livre XLIII.

(2) Paul., L. 2, § 3, ff., *de Interdict.*

(3) Il en est autrement dans notre Code civil (art. 688 et 2229 combin.). — Cf., ci-après, § 341 et suivants.

ci-après (§ 341). On avait tourné la difficulté, en accordant à l'acheteur un interdit *adipiscendæ possessionis*, dont la base est, en définitive, la possession antérieure du vendeur.

§ 337. — Interdits *retinendæ possessionis* en général.

I. Les interdits *retinendæ possessionis* avaient pour but et pour résultat de protéger le possesseur actuel contre toutes voies de fait, de nature à troubler la possession sans la faire perdre entièrement. Tels sont en effet les caractères textuellement indiqués par la formule même de l'interdit *uti possidetis*, qui est le plus important et, pour ainsi dire, le prototype des interdits *retinendæ possessionis*. A ce compte, les interdits *retinendæ possessionis* ne seraient applicables qu'à deux hypothèses: 1° celle où, par suite du trouble apporté à sa possession, le possesseur a déjà éprouvé un dommage dont il poursuit la réparation (1); et 2°, celle où ce possesseur demande à être protégé contre un trouble imminent (2). Cependant Ulpien et Justinien (3) assignent aux interdits *retinendæ*

(1) Cette première hypothèse paraît prévue par ces termes de l'Édit : *Neque pluris quanti ea res erit...* (Remarque de M. de Savigny.)

(2) Cette seconde hypothèse est prévue par ce passage de la formule : « *Uti possidetis... quominus ita possideatis vim fieri veto.* (Remarque de M. de Savigny.)

(3) Ulpian., L. 1, § 2 et 3, ff., *Uti possidet.*—§ 4, Instit., *de Interdict.* — Cf. Gaius, *Comm.* IV, § 148.

*possessionis* une troisième application qu'ils semblent considérer comme la principale, puisqu'ils la présentent comme ayant été le motif même de l'introduction de ces interdits, à savoir que ces moyens juridiques auraient pour but de régler entre parties, prêtes à plaider au pétitoire, laquelle doit jouer le rôle avantageux de défendeur, laquelle doit remplir celui de demandeur. Envisagés sous ce rapport unique, les interdits *uti possidetis* et *utrubi* ne seraient donc que des *instances préparatoires* de l'instance pétitoire. — Tout en avouant qu'en effet ce règlement du possessoire est peut-être l'application la plus importante des interdits *retinendæ possessionis*, M. de Savigny a contesté le mérite historique de l'explication fournie par Ulpien. Il fait remarquer que si ces interdits avaient eu primitivement pour principal caractère le règlement du possessoire, eu égard au rôle que doit jouer chacun des plaideurs dans le procès en revendication, il serait bien singulier que la formule ne portât aucune trace de cette idée (1). Sans contester l'exactitude de ces réflexions au point de vue purement théorique, nous pensons qu'il y a peu à s'y arrêter; puisqu'en définitive, M. de Savigny ne conteste pas plus cette troisième application des interdits *retinendæ possessionis*, que l'on ne conteste les deux autres que le docte écrivain a mises en relief. — Qu'il soit seulement entendu que les

(1) M. de Savigny, *Traité de la possession*, § XXXVI et XXXVII.

interdits *retinendæ possessionis* n'avaient point pour unique utilité de fixer le rôle des plaideurs au pétitoire; mais qu'ils étaient aussi fréquemment employés, en vue de la possession en elle-même, et abstraction faite de toute considération de procès pétitoire ultérieur (1).

II. Il y a des conditions générales communes à tous les interdits *retinendæ possessionis*, il y en a de particulières à chacun d'eux.

Les conditions communes sont les suivantes :

1° Il faut que celui qui a recours aux interdits de cette espèce ait la possession juridique proprement dite; mais il importe peu qu'il ait acquis cette possession justement ou injustement (2).

2° Il faut que sa possession soit troublée par des *actes de violence :* mais, ici, on entend par actes de violence, tous actes accomplis contre le gré du possesseur, et qui tendent à le troubler dans la jouissance de la chose possédée (3).

---

(1) Une application de cette proposition, c'est que le demandeur au pétitoire ne se rendait pas non-recevable à agir au possessoire par l'interdit *uti possidetis*. (*Voy.*, ci-dessus, § 278, n° V, et notamment le texte d'Ulpien, rapporté à la page 106.)

(2) Paul., L. 2, ff., *Uti possidetis :* «Justa enim an injusta «*adversus cæteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil re«fert; qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod posses«sor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.»

(3) Ulpian., L. 1, pr., ff.; et L. 3, § 2-4, ff., *Uti possidet.* — Ulpian., L. 1, § 5-7, ff., *Quod vi aut clam.* — Paul., L. 20, pr., et § 1, *eod tit.*— Scœvola, L. 73, § 2, ff., *de Reg.*

3° Enfin, il faut que ces actes de violence n'aient pas fait cesser la possession, mais l'aient seulement troublée : autrement, il faudrait recourir aux interdits *recuperandæ possessionis* (1).

Passons maintenant aux conditions particulières à chaque interdit.

§ 338.— Interdits *retinendæ possessionis*. — 1° Interdit UTI POSSIDETIS (2).

I. La formule était ainsi conçue : UTI EAS ÆDES QUIBUS DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO, ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSIDEATIS VIM FIERI VETO (3).

Cet interdit concernait exclusivement la possession des choses *immobilières* (4).

II. Il se distingue essentiellement de tous ceux qui ont été examinés jusqu'ici, en ce que le Préteur adresse la parole en même temps aux deux plaideurs : *possidetis* (et non *possides*)... *possideatis* (et non *possideas*). Cette forme mérite, à plus d'un titre, de fixer l'attention. — On peut se demander d'abord à quoi pouvait servir une défense qui, s'adressant collectivement aux deux adver-

---

*juris*. — La violence dont il est question dans l'interdit UNDE VI a un tout autre caractère. (*Voy.*, ci-après, § 347.)

(1) *Voy.*, ci-après, § 346 et suiv.

(2) *Voy.*, au Digeste, le titre XVII du livre XLIII.

(3) Ulpian., L. 1, pr., ff., *Uti possidet.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 149 et 150.

saires, semble ne pas faire avancer d'un pas la solution de la difficulté, puisqu'elle ne décide rien ni dans un sens ni dans un autre? Cette singularité justifie très-bien ce qui a été dit ci-dessus (§ 322) sur l'origine des interdits. On voit en effet, très nettement, que le Préteur n'a point ici la prétention de trancher définitivement un litige; mais bien plutôt de poser une règle d'après laquelle le juge devra ultérieurement décider une question, dont il chercherait vainement la solution dans le droit civil. En d'autres termes, le Préteur avait posé, à l'occasion d'une affaire déterminée, sur une matière non réglée par le droit civil, une règle qu'il n'avait point sans doute osé formuler *a priori*, en termes généraux, pour ne point paraître empiéter sur le pouvoir législatif (1). — Il ne faut pas croire du reste que cet emploi du pluriel ne pût avoir d'autre utilité pratique que de fournir une règle pour une instance subséquente. Et, en effet, ne pouvait-il, ne devait-il pas arriver fréquemment que l'un des plaideurs, reconnaissant qu'il ne remplissait pas les conditions de l'interdit, qu'il ne possédait pas *nec clam, nec vi, nec precario ab adversario*, renonçât spontanément à ses prétentions sur le possessoire, pour se soustraire aux dangers des *sponsiones* auxquelles il pouvait être provoqué par son adversaire, si la question de

(1) Nous avons dit comment ces règlements, rendus d'abord pour chaque affaire, finirent par devenir des règles générales. (§ 323.)

fait, laissée en suspens dans l'interdit, venait à être renvoyée devant un juge? (*Voy.* § 352).

Cette forme plurielle faisait encore que, devant le juge, la condamnation définitive pouvait tomber sur l'un ou sur l'autre des plaideurs, c'est-à-dire sur celui d'entre eux que le juge reconnaissait en définitive se trouver en contravention à l'interdit : c'est dans ce sens qu'on disait que cet interdit était *double* ou *mixte* (*Voy.* § 328).

Au surplus, la forme plurielle de cet interdit et du suivant, n'était point une conséquence nécessaire de la nature des choses; et on conçoit tout aussi bien que la possession eût pu être protégée par des interdits qui ne se seraient adressés qu'à l'une des parties. Mais on avait été naturellement conduit à rédiger de cette manière les interdits *retinendæ possessionis*, par imitation de ce qui avait lieu dans la procédure *per sacramentum* (1).

III. Une autre circonstance digne de remarque, c'est que l'interdit *uti possidetis* n'a égard qu'à la possession *actuelle;* que, en d'autres termes, il promet la victoire à celle des parties qui possède au moment où l'interdit est rendu, sans égard à la possession que l'autre partie aurait pu avoir antérieurement. Cela résulte très nettement de l'emploi du présent *uti possidetis*, et cela est d'ailleurs très-expressément enseigné par Gaïus et Paul (2). Habitués que nous sommes en France à ne reconnaî-

(1) *Voy.*, ci-dessus, § 150 et 278, n° V.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 151. — Paul., *Sentent. recept.*, V, 6, § 1.

tre le *droit* de possession qu'autant que le *fait* de possession a duré au moins une année, nous avons quelque peine à concevoir qu'on attribuât ainsi les avantages de la possession à un plaideur qui, peut-être, ne possédait que depuis quelques heures; nous sommes choqués surtout, qu'une possession, qui n'avait que quelques instants d'existence, pût l'emporter sur la possession que l'adversaire pouvait avoir eue antérieurement, pendant un très-long temps peut-être! — Mais, d'abord, en ce qui concerne le premier point, si l'un des plaideurs n'a pas possédé du tout, n'est-il pas raisonnable de lui préférer celui qui possède actuellement, alors même que sa possession serait toute récente. — En ce qui touche le second point, faisons remarquer que l'inconvénient de faire prévaloir la possession actuelle de l'un des plaideurs sur la possession antérieure de l'autre, se trouvait singulièrement atténué par cette triple condition, que la possession actuelle n'est un titre au triomphe qu'autant que celui qui s'en prévaut n'a pas enlevé cette possession à l'adversaire par violence (*nec vi*), ne la lui a pas surprise clandestinement (*nec clam*), et enfin ne la tient pas de lui *precario*. Or, en se rappelant les principes précédemment exposés sur la conservation et la perte de la possession en matière d'immeubles, on se convaincra qu'il y avait bien peu de chances, pour que l'interdit *uti possidetis* fit prévaloir le possesseur d'un jour, sur celui qui avait auparavant possédé pendant un temps plus ou moins long.

IV. Terminons ces réflexions sur l'interdit *uti possidetis,* en faisant remarquer que les trois conditions *nec vi, nec clam, nec precario,* ne sont pas exigées d'une manière absolue; mais seulement *relativement à l'adversaire* (*ab adversario*). Peu importait donc que le possesseur actuel eût possédé *vi, clam* ou *precario* à l'égard d'un tiers, pourvu que sa possession fût pure de ces vices par rapport à l'adversaire.

### § 339.—Interdits *retinendæ possessionis.*—II° Interdit UTRUBI.

I. Cet interdit était pour les *meubles* ce que le précédent était pour les *immeubles.* Comme dans l'interdit *uti possidetis,* le Préteur y adresse la parole aux deux plaideurs; et, par conséquent, l'interdit est double ou mixte : UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, MAJORE PARTE HUJUSCE ANNI FUIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT VIM FIERI VETO (1).

L'interdit *utrubi* différait essentiellement du précédent, en ce qu'on n'y avait pas égard à la possession actuelle, mais bien à la possession qui avait duré le plus longtemps pendant l'année qui avait précédé le litige. Si donc, dans les douze mois qui viennent de s'écouler, j'ai possédé pendant les sept premiers mois, et vous, pendant les cinq derniers, je devrai l'emporter sur vous. Il en serait encore ainsi, alors même que pendant cette

(1) Ulpian., L. 1, ff., *Utrubi.*

dernière année je n'aurais possédé que quinze jours, si vous n'avez possédé que pendant un nombre de jours moindre (1).

L'interdit *utrubi* faisait donc souvent prévaloir une possession passée sur la possession actuelle; et, sous ce rapport, il semble qu'il aurait dû être compté parmi les interdits *recuperandæ* plutôt que parmi les interdits *retinendæ possessionis*. Cependant les sources sont d'accord pour considérer cet interdit comme *retinendæ possessionis*, aussi bien, quand la partie, qui a possédé le plus longtemps pendant l'année, ne possède plus au moment où l'interdit est demandé, que lorsque, à ce moment, cette partie se trouve encore en possession (2). On ne peut expliquer ce résultat qu'en supposant une fiction particulière, au moyen de laquelle la possession de la *major pars anni* était considérée comme possession actuelle (3).—Au surplus, comme l'interdit *recuperandæ possessionis* UNDE VI n'était point applicable aux meubles, l'interdit UTRUBI en tenait lieu, et par conséquent fonctionnait en réalité fort souvent comme interdit récupératoire (4).

II. Sous le Bas-Empire, la différence qui vient

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 152.—Paul., *Sentent. recept.*, V, 6, § 1. — Licin. Ruf., L. 156, ff., *de Verb. signif.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 148 et 152; mais surtout Théophile, sur le § 4, Instit., *de Interdict.*

(3) De Savigny, § XXXIX, page 470 de la traduction de M. Faivre d'Audelange.

(4) Savigny, § XL, pages 490 et suiv. de la traduction citée.

d'être signalée entre l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *utrubi* finit par disparaître; et, dans l'un comme dans l'autre, on n'eut plus égard qu'a la possession actuelle. Ce changement est certainement postérieur au temps de Dioclétien, puisque la différence entre les deux interdits est encore présentée comme en vigueur dans les *Fragments du Vatican*, § 293. On doit donc considérer comme altéré par les compilateurs le texte d'Ulpien, qui forme la loi unique du titre *utrubi*.

III. Les interdits *uti possidetis* et *utrubi* protégeaient la possession proprement dite, celle qui correspond au droit de propriété. Mais on les avait étendus utilement (*utilitate suadente*) a beaucoup d'autres cas, et notamment à la *quasi-possession* des servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation; et aussi au cas où la controverse existait entre deux parties dont l'une prétendait posséder à titre de propriétaire, tandis que l'autre prétendait posséder à titre d'usufruitier. Mais, pour ces diverses extensions, la formule primitive avait dû subir des modifications importantes (1).

Quant aux *servitudes réelles* ou prédiales, il faut distinguer :

La quasi-possession des servitudes *négatives* (*quæ in non faciendo consistunt*), était protégée par l'interdit *uti possidetis* utile (2);

(1) Ulpian., L. 3, § 5 et 6; L. 4, ff., *Uti possidet.—Fragm. vatic.*, § 90 et 91. — *Voy.*, en outre, ce qui a été dit ci-dessus des actions *confessoire* et *négatoire*, § 279 et 280.

(2) Ulpian., L. 8, § 5, ff., *Si servit. vendicet.*

Celle des servitudes affirmatives (*quæ in faciendo consistunt*), était protégée, tantôt par l'interdit général *uti possidetis* donné utilement, tantôt par des interdits particuliers que l'on va examiner après avoir dit un mot de l'interdit *de superficiebus*.

§ 340. — Interdits *retinendæ possessionis*. — III° Interdit DE SUPERFICIEBUS.

Cet interdit est calqué sur l'interdit *uti possidetis*, ou plutôt n'est que cet interdit donné utilement : en voici la formule : UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS, SUPERFICIE QUA DE AGITUR NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO, ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUOMINUS FRUAMINI VIM FIERI VETO (1).

§ 341. — Interdits *retinendæ possessionis*. — IV° Interdit DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO (2).

QUO ITINERE ACTUQUE PRIVATO QUO DE AGITUR, VEL VIA, HOC ANNO, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO AB ILLO USUS ES; QUOMINUS ITA UTARIS VIM FIERI VETO (3).

---

(1) Ulpian., L. 1, ff., *de Superfic.* — *Voyez*, ci-dessus, § 287, n° V.

(2) *Privato*... Il ne faut donc pas confondre cet interdit possessoire, qui ne concerne que les intérêts privés, avec les divers interdits relatifs aux chemins publics dont il a été question ci-dessus, §§ 325 et 326.

(3) Ulpian., L. 1, pr., et § 1, ff., *de Itinere actuque privato*. — *Voy.*, au § 338, l'explication de la clause *nec clam, nec vi, nec precario ab adversario*.

Cette formule donne une idée suffisante de cet interdit. Il diffère essentiellement des interdits *utrubi* et *uti possidetis*, en ce qu'il est simple : le défendeur seul est donc exposé à une condamnation.

Il diffère spécialement de l'interdit *uti possidetis*, en ce qu'on n'y a pas égard à la possession actuelle, mais bien à la possession pendant la dernière année. On était réputé avoir possédé le droit de passage, quand on avait passé trente fois au moins dans le cours de l'année *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* (1).

### § 312. — Interdits *retinendæ possessionis*. — V° Interdit DE AQUA COTTIDIANA et AESTIVA.

Les Romains distinguaient deux espèces de servitudes d'aqueduc : l'une relative à l'*aqua cottidiana* (2), l'autre relative à l'*aqua æstiva* (3). Chacune d'elles avait son interdit particulier.

I. Interdit *de aqua cottidiana*. — La formule de cet interdit était ainsi conçue : UTI HOC ANNO AQUAM

---

(1) Ulpian., L. 1, § 2, *eod. tit.*

(2-3) L'eau quotidienne est celle dont il est possible de se servir chaque jour (Ulpian., L. 1, § 2, ff., *de Aq. cot. et æst.*). — L'eau d'été est celle qui, d'après la nature du lieu ou d'après l'usage, ne peut être conduite que pendant l'été. (Ulpian., L. 1, § 3 et 4, *eod. tit.*). L'été s'entend des six mois compris entre l'équinoxe de printemps et l'équinoxe d'automne. (L. 1, § 34.)

QUA DE AGITUR, NON VI, NON CLAM, NON PRECARIO AB ILLO DUXISTI, QUOMINUS ITA DUCAS, VIM FIERI VETO (1).

Cet interdit, qui était tantôt prohibitoire et tantôt restitutoire, se donnait à celui qui, pendant la dernière année, avait usé, avec ou sans droit, de la conduite d'eau, fut-ce un seul jour, pourvu que ce fut *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* (2). Il servait contre toute personne qui s'opposait à ce que l'on continuât à user de l'eau comme on en avait déjà usé (3).

On ne peut manquer de trouver singulier que les Romains aient cru pouvoir attacher les avantages de la possession juridique à un fait aussi peu caractérisé que l'usage de l'eau pendant un seul jour. Le danger d'un pareil état de choses se trouvait cependant bien diminué par la clause *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* (4).

II. Interdit *de aqua æstiva.*—UTI PRIORE ÆSTATE AQUAM QUA DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO AB ILLO DUXISTI, QUOMINUS ITA DUCAS, VIM FIERI VETO (5).

Cet interdit différait principalement du précédent en ce que, dans celui-ci, on se référait à l'année courante (*hoc anno*), tandis que, dans celui-là,

---

(1) Ulpian., L. 1, pr., ff., *de Aq. cottid.*

(2-3) Ulpian., L. 1, § 1, 4, 22, 24 et 27, *eod. tit.*

(4) *Voy.*, ci-dessus, § 338; ce qui est dit des inconvénients apparents du système relatif à la possession actuelle.

(5) Ulpian., L. 1, § 31, ff., *eod. titul.*

on se référait à l'été qui avait précédé celui dans lequel on se trouvait, au moment de la délivrance de l'interdit (*priore æstate*) (1).

Cet interdit se donnait aussi utilement dans le cas où la conduite d'eau aurait eu lieu, non dans l'été, mais dans l'hiver; non dans l'été précédent, mais dans celui où on se trouvait (2).

§ 343. — Interdits *retinendæ possessionis*. —VI° Interdit DE RIVIS.

RIVOS, SPECUS, SEPTA REFICERE PURGARE AQUÆ DUCENDÆ CAUSA QUOMINUS LICEAT EI, DUM NE ALITER AQUAM DUCAT QUAM UTI PRIORE ÆSTATE, NON VI, NON CLAM, NON PRECARIO A TE DUXIT, VIM FIERI VETO (3).

Cet interdit est pour les cours d'eau privés ce que sont, pour les fleuves publics, plusieurs interdits énumérés aux §§ 325 et 326.

Il se donne aux mêmes personnes et contre les mêmes personnes que les deux interdits précédents.

Ulpien fait remarquer que celui qui s'occupe des travaux compris dans les mots *reficere, purgare*, ne doit pas être arrêté par la dénonciation de nouvel œuvre, parce que cette dénonciation est une voie de fait qui constitue un trouble prohibé par la clause *vim fieri veto*. Le propriétaire

(1-2) Ulpian., L. 1, § 32-37, ff., *de Aq. cottid. et æst.*
(3) Ulpian., L. 1, pr. et § 9; L. 3, § 8, ff., *de Rivis.*

qui voudrait s'opposer aux travaux devrait donc agir par action négatoire (1).

§ 344. — Interdits *retinendæ possessionis*.— VII° Interdit DE FONTE.

Il y avait deux interdits de ce nom : l'un se référait à l'*usage*, l'autre à la *réparation* de la source, du puits, de l'étang, grevés d'une servitude *aquæ hauriendæ;* mais non à l'usage ou à la réparation des citernes.

I. UTI DE EO FONTE QUO DE AGITUR, HOC ANNO, AQUA NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO AB ILLO USUS ES, QUOMINUS ITA UTARIS, VIM FIERI VETO (2).

II. QUOMINUS FONTEM, DE QUO AGITUR, PURGES REFICIAS UT AQUAM COERCERE UTIQUE EA POSSIS; DUM NE ALITER UTARIS ATQUE UTI HOC ANNO, NON VI, NON CLAM, NON PRECARIO AB ILLO USUS ES, VIM FIERI VETO (3).

Ces formules expliquent suffisamment la nature de ces deux interdits.

§ 345.— Interdits *retinendæ possessionis*.— VIII°. Interdit DE CLOACIS.

QUOMINUS ILLI CLOACAM QUÆ EX ÆDIBUS EJUS IN TUAS PERTINET, QUA DE AGITUR, PURGARE, REFICERE LICEAT, VIM FIERI VETO.

---

(1) Ulpian., L. 1, § 9, et L. 3, § 8, ff., *de Rivis.*
(2-3) Ulpian., L., unic, ff., *de Fonte.*

Cet interdit a pour but d'assurer le nettoiement, la réparation et même la reconstruction des égoûts.

Quoique exclusivement relatif aux égouts particuliers, cet interdit touche cependant à l'intérêt public; car la salubrité publique est intéressée au bon état des égouts privés tout autant qu'à celui des égoûts publics. Aussi doit-on remarquer dans la formule l'absence de la clause, *nec vi, nec clam, nec precario*, que l'on retrouve dans tous les autres interdits *retinendæ possessionis* : la raison en est qu'on n'avait pas voulu que des travaux intéressant la santé publique pussent être entravés, sous prétexte que la possession de celui qui voulait les exécuter était vicieuse. — Par la même raison, la dénonciation de nouvel œuvre ne faisait pas obstacle à la continuation des travaux. — Toutefois, celui dans la propriété duquel on veut travailler, pourra exiger la caution *damni infecti* (1).

§ 346. — Interdits *recuperandæ possessionis.*

Les interdits *recuperandæ possessionis* ont pour objet de faire recouvrer la possession à qui l'a perdue. Toutefois il est bien évident que le magistrat n'a pas à venir au secours de celui qui a volontairement abdiqué sa possession, mais seulement de celui qui l'aurait perdue par un fait in-

(1) Ulpian., L. 1, pr., § 3, 13 et 14, ff., *de Cloacis*.

dépendant de sa volonté, et notamment par l'effet d'une expulsion violente.

### § 347. Interdits *recuperendæ possessionis.* — I. Interdit UNDE VI (1).

I. On distinguait deux espèces de violence : la violence ordinaire, que pour cela on désignait par le seul nom de *vis* (2), et la violence avec armes, *vis armata.* A chacune de ces espèces de violence correspondait un interdit particulier; peut-être, cependant, le même interdit servait-il dans les deux cas, avec quelque clause additionnelle plus rigoureuse contre le défendeur, lorsqu'il s'agissait de violence à main armée? Quoi qu'il en soit, Justinien ne nous a conservé que la formule correspondante à la violence ordinaire; elle était ainsi conçue : UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI, AUT FAMILIA TUA DEJECIT, DE EO, QUÆQUE ILLE TUNC IBI HABUIT, TANTUMMODO INTRA ANNUM; POST ANNUM DE EO QUOD AD EUM QUI VI DEJECIT, PERVENERIT, JUDICIUM DABO (3).

---

(1) Cet interdit a été traité par Cicéron dans deux de ses plaidoyers *pro Cæcina* et *pro Tullio.*

(2) Cicéron la nomme aussi *Vis cottidiana*, et par suite appelle l'interdit UNDE VI, INTERDICTUM COTTIDIANUM, expression qui n'est pas technique.

(3) Ulpian., L. 1. pr., *de Vi et vi armat.* — Les mots *judicium dabo* annoncent une action et non pas un interdit : cependant, dans le § 1er de la même loi, Ulpien dit formellement *hoc interdictum.*

II. En analysant cette formule on découvre facilement les conditions générales de l'interdit.

1° Il faut d'abord que l'expulsé ait eu la possession juridique au moment de l'expulsion; car comment pourrait-il prétendre recouvrer une possession qu'il n'aurait jamais eue (1)?

2° Il faut ensuite qu'il ait été *privé* de cette possession par violence. — Il faut qu'il y ait eu perte de la possession et non simple trouble; car le trouble est réprimé par les interdits *retinendæ possessionis* (2). — La violence, même sans armes, ne s'entendait ici que d'une violence fort grave, *atrox*, comme le dit Ulpien. Quoique l'expression latine *atrox* ne présente pas à beaucoup près le sens du mot français *atroce*, cependant la violence, requise pour l'interdit *unde vi* devait être bien autrement caractérisée que celle dont il a été question, comme cause de trouble donnant lieu aux

(1) Ulpian., L. 1, § 9, 10 et 23, ff., *de Vi et de vi armata*. —Paul., L. 4, § 28, ff., *de Usurpat.*— Cependant, dans son plaidoyer pour Cæcina, Cicéron s'efforce d'établir qu'il n'était pas nécessaire que le *Vi dejectus* eût la possession juridique au moment de l'expulsion violente; mais, il ne faut pas oublier que c'est là pour Cicéron une thèse qu'il soutient comme avocat, et non pas une opinion qu'il émet comme jurisconsulte. Si la possession juridique n'était pas nécessaire pour agir par l'interdit *unde vi*, il faudrait dire que cet interdit est tantôt *adipiscendæ* et tantôt *recuperandæ possessionis*, et c'est aussi là l'opinion de quelques interprètes.

(2) Ulpian., L. 1, § 45, ff., *de Vi et vi arm.*

interdits *retinendæ possessionis*. Dans ceux-ci, en effet, on entend par violence tout acte contraire à la volonté du possesseur, alors même que cet acte ne serait nullement dirigé contre sa personne (1); dans l'interdit *unde vi* la violence doit être dirigée contre la personne du possesseur, et, de plus, être assez grave pour empêcher la continuation de la possession (2). — Peu importe, au surplus, que la violence ait été effectivement exercée, ou que le dépossédé l'ait évitée, en abandonnant la possession par la crainte fondée d'un danger actuel et présent. Peu importe aussi que le dépossédé ait été expulsé de sa maison, ou qu'on l'ait empêché d'y rentrer (3). Mais il n'y aurait pas expulsion violente, dans le sens de l'interdit, si l'ancien possesseur avait livré lui-même par crainte la possession de la chose : il y a en effet, en droit, une grande différence entre m'enlever contre mon gré ce que je possède, et contraindre ma volonté à en consentir l'abandon (4).

---

(1) *Voy.*, ci-dessus, page 399, note 3.

(2) Ulpian., L. 1, § 3 et § 29, ff., *de Vi et vi arm.*

(3) Ulpian., L. 1, § 47, *de Vi*. — Paul., *Sentent.* V, 6, § 6. — Julian., L. 33, § 2, ff., *de Usurp.*— Ulpian., L. 9, pr., ff., *Quod. met. caus.*, et L. 3, § 8 et 9, ff., *de Possess.* — Ces textes, et quelques autres, se concilient par la distinction entre le danger *futur* et le danger *actuel* et *présent*.

(4) A ce dernier cas s'applique, non l'interdit *unde vi*, mais l'action *quod metus causa*. (Ulpian., L. 9, ff., *Quod met.*) — Nous avons en droit Français une distinction analogue entre le *vol* et l'*escroquerie* : le voleur s'empare du bien

3° Il faut que la violence ait été exercée par le défendeur lui-même, ou par les siens (1), par son ordre ou à son instigation (2).

4° Enfin, il faut qu'il s'agisse de la possession d'un immeuble. En effet, au temps de la jurisprudence classique, l'interdit *unde vi* s'appliquait exclusivement aux choses immobilières (3). La possession des meubles était considérée comme suffisamment protégée contre la violence, soit par les trois actions *furti*, *vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* (4), soit par l'interdit UTRUBI. L'interdit *Utrubi* était en effet un excellent moyen pour le possesseur expulsé de se faire remettre en posses-

---

d'autrui *à l'insu du propriétaire* ou *malgré lui;* l'escroc se le fait remettre en égarant, par ses manœuvres frauduleuses, la volonté du propriétaire.

(1) C'est ce qui résulte des termes de l'édit : *Tu... aut familia tua.*

(2) Des défendeurs ayant soutenu que ce dernier cas ne rentrait pas dans les termes de l'Édit, les Préteurs insérèrent dans la formule une clause nouvelle : *Unde dolo malo tuo... vi detrusus est.* Mais, plus tard, cette clause fut supprimée comme inutile. On peut voir les deux formules dans Cicéron, *pro Tullio*, cap. 29 et 24 : Cf., cap. 30 et 46.

(3) Ulpian., L. 1, § 3-8, ff., *de Vi et vi arm.* — Paul., *Sentent.* V, 6, § 5.

(4) Ulpian., L. 1 § 6, ff., *de Vi et vi arm.*—Mais il faut remarquer que ces trois actions supposent, dans celui qui se plaint, quelque chose de plus que la possession, c'est-à-dire soit un droit réel sur la chose, soit l'obligation de la conserver pour autrui. Lorsque cette circonstance n'existait pas, le dépossédé pouvait recourir à l'interdit UTRUBI.

sion, à la condition, bien entendu, d'agir assez à temps pour avoir pour soi la possession de la *major pars anni;* et encore cela n'était-il pas nécessaire, quand il était dirigé contre l'auteur même de la violence, puisque la possession, pendant la plus grande partie de l'année, n'est utile qu'à celui qui *nec vi ab adversario possidet* (1). — Cela n'est vrai toutefois que pour l'époque de la jurisprudence classique. En effet, quand plus tard les conditions de l'interdit *utrubi* eurent été modifiées, et qu'on n'y eut plus égard qu'à la possession actuelle, cet interdit cessa de pouvoir fonctionner comme interdit *recuperandæ possessionis;* et comme, d'un autre côté, les trois actions *furti, vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* ne protégeaient pas la possession, en tant que possession, il en devait résulter une lacune importante dans les remèdes possessoires relatifs aux choses mobilières. Il est très-vraisemblable que cette lacune se trouva remplie par l'extension aux meubles de l'interdit *unde vi* (2).

III. L'interdit produisait un double effet: on réintégrait le demandeur dans la possession dont il avait été expulsé, et on l'indemnisait des pertes qu'il avait éprouvées (3).

IV. Le défendeur à l'interdit *unde vi* pouvait en

---

(1) *Voy.* la note précédente, et ci-dessus, § 339.

(2) Savigny, § XL.

(3) Ulpian., L. 1, ff., *de Vi et vi arm.*, notamment aux §§ 31 à 42.

paralyser l'effet, en prouvant que le demandeur possédait lui-même *vi, clam* ou *precario* à son égard; mais il est bon d'observer que le défendeur ne pouvait jamais se prévaloir des vices de la possession du demandeur, quand l'interdit était fondé sur des faits de violence armée. Si les lois peuvent pardonner à celui qui emploie une violence ordinaire, pour recouvrer une possession qu'on lui a ravie par violence ou qu'on lui a surprise clandestinement ou précairement, l'ordre public ne peut tolérer que les citoyens se fassent justice eux-mêmes les armes à la main (1).

Cette règle ne s'appliquait, toutefois, qu'autant qu'il s'était écoulé un certain temps entre l'expulsion et la reprise de la possession à main armée : car celui qui employait la violence, même armée, pour repousser une usurpation violente, était réputé avoir usé du droit naturel de la défense personnelle, pour conserver sa possession, bien plus qu'avoir repris par violence une possession antérieurement perdue (2).

V. L'interdit *unde vi* ne se donnait, en général, que dans l'année de l'expulsion violente. Cette

---

(1) Cicero, *pro Tullio*, c. 44; *pro Cæcina*, c. 32. — Gaius, *Comm.* IV, § 154, 155. — Cf. Justinian., § 6, *de Interdict.* — Le droit nouveau des Empereurs chrétiens se montra plus sévère encore contre ceux qui emploieraient la violence, puisqu'il prononça la perte de la propriété elle-même, contre celui qui reprendrait son bien par violence. (§ 1, Instit., *de Vi bon. rapt.*)

(2) Julian., L. 17, *de Vi et vi arm.*

règle souffrait exception dans les cas suivants : — 1° Quand il s'agissait d'une expulsion à main armée; car il eût été impolitique de couvrir, d'une prescription aussi courte, une conduite si contraire au bon ordre (1); — 2° Quand les actes de violence, même ordinaire, avaient porté, non sur le possesseur lui-même, mais sur ses gens (2). — 3° Enfin, l'interdit se donnait dans tous les cas, même après l'année, jusqu'à concurrence de ce qui avait tourné au profit du défendeur (3).

§ 348. — Interdits *recuperandæ possessionis*. — II° Interdit DE CLANDESTINA POSSESSIONE.

L'existence de cet interdit ne repose que sur un passage d'Ulpien, dans lequel ce jurisconsulte nous apprend que Julien admettait un interdit *de clandestina possessione* (4). Il n'en est fait mention dans aucune autre de nos sources de droit, ni dans les Institutes de Gaius, ni dans les Sentences de Paul, ni dans la compilation de Théodose. Toutefois, en présence du témoignage si positif d'Ulpien, il paraît impossible de ne pas admettre qu'il ait en effet existé un interdit de cette nature : il reste seulement à expliquer comment il avait fini par disparaître de la pratique.

(1) Cicero, *ad Famil.*, XV, 16.

(2) Constantin, L. 1, C., *Si per vim.*

(3) Ulpian., L. 1, ff., *de Vi et vi arm.*; L. 7, § 5, ff., *Comm divid.*

(4) Ulpian., L. 7, § 5, ff., *Comm. divid.*

On a vu précédemment que le possesseur d'immeubles en conservait la possession, nonobstant l'occupation consommée en son absence (1), jusqu'au moment où il venait à connaître cette usurpation (2). L'occupation clandestine ne suffisant pas pour faire perdre la possession, un interdit *récupératoire* contre une telle usurpation eût donc été tout à fait sans objet. Mais le principe, que la possession des immeubles se conserve, nonobstant l'occupation clandestine par un tiers, paraît n'avoir pas toujours prévalu (3); et c'est à l'époque où cette règle n'était pas encore admise, que se rapporterait l'interdit *de clandestina possessione*, qui dut tomber en désuétude, du moment où la règle nouvelle fut universellement acceptée.

L'interdit *de clandestina possessione* était fort probablement conçu à peu près dans les termes de l'interdit *unde vi;* UNDE CLAM TU EUM... Comme l'interdit *unde vi,* il ne devait s'appliquer qu'aux immeubles : d'abord, parce que, à l'égard des meubles, il y avait d'autres moyens de protéger la possession (4); et, ensuite, parce que si l'interdit *de*

(1) Ce qui constitue une possession clandestine.

(2) *Voy.*, ci-dessus, page 380 et les notes.

(3) Il était notamment nié formellement au temps de Labéon. (Ulpian., L. 6, § 1 et Paul., L 7, ff., *de Possess.* — Cf., Celsus, L. 18, § 3, 4, et Pompon., L. 25, § 2, ff., *de Possess. Voy.* encore Paul., L. 3, § 7 et Papin., L. 46, *de Possess.*

(4) Notamment l'interdit UTRUBI, du moins avant qu'il eût été assimilé à l'interdit *uti possidetis*. (*Voy.*, ci-dessus, § 339 et 347.)

*clandestina possessione* eût été aussi applicable aux meubles, il ne serait pas tombé en désuétude par l'introduction d'une règle qui ne concerne que les immeubles.

### § 349. — Interdits *recuperandæ possessionis*. — IIIº Interdit DE PRECARIO.

On désignait sous le nom de *precarium*, la convention par laquelle le propriétaire ou le possesseur transportait à une autre personne, ordinairement *sur sa prière*, la possession d'une chose avec faculté de la reprendre quand bon lui semblerait (1). Celui qui recevait ainsi une chose à précaire, en obtenait la possession juridique, et pouvait lui-même user des interdits *retinendæ et recuperandæ possessionis*, contre tous autres que le bailleur à précaire (2). Du moment que le bailleur manifestait la volonté de reprendre sa chose, elle devait lui être restituée sur le champ; et, en cas de refus, l'Edit accordait au bailleur contre le preneur à précaire un interdit restitutoire ainsi conçu : QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO

(1) Ulpian., L. 2, § 3, ff., *de Precar.* — La prière n'était pas indispensable : une permission tacite suffisait pour constituer le *precarium*. (Paul., *Sentent.*, V, 6, § 11.)

(2) Pour que le preneur n'eût pas la possession juridique, mais une simple détention, il aurait fallu une convention spéciale. —*Voy.*, ci-dessus, § 329, nº V, page 386, note 4.

MALO FECISTI UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS (1).

Mais pourquoi un interdit ? Pourquoi n'existait-il pas pour ce cas, comme pour tous les cas analogues où l'on se dessaisit pour un temps d'une chose ( louage, dépôt, commodat ), une action proprement dite résultant de la convention elle-même ? Cette absence d'action, qui seule avait pu motiver la création d'un interdit, est d'autant plus remarquable que le précaire rentrait tout naturellement dans la catégorie des contrats réels innommés (2) ! Comment, ensuite, une telle combinaison avait-elle pu venir en usage chez les Romains, race défiante et peu généreuse ? — M. de Savigny répond à ces deux questions et à quelques autres encore, par une conjecture fertile en conséquences. Il pense que le *precarium* s'appliquait, dans l'origine, à la possession des terres publiques (*ager publicus*) dont les patriciens abandonnaient la jouissance à leurs clients. Cette hypothèse ne repose pas, il est vrai, sur des témoignages positifs; mais elle explique si bien une foule de singularités, qui seraient inexplicables autrement, qu'il est difficile de ne pas accepter la conjecture comme une vérité. Ainsi, la faculté de révocation et l'absence d'une action personnelle seraient une conséquence naturelle des liens de

---

(1) Ulpian., L. 2, pr., ff., *de Precario*.

(2) *Voy*. ci-dessus, page 207. — Cette réflexion est si vraie, que quelques jurisconsultes accordaient l'action *præscriptis verbis* ; mais d'autres la refusaient.

vassalité qui placent le client, à l'égard de son patron, dans des rapports analogues à ceux qui unissent les enfants au père de famille (1). Ainsi s'expliquerait encore pourquoi, dans l'origine, l'interdit *de precario* ne s'appliquait qu'aux seuls immeubles (2), et pourquoi aussi les jurisconsultes hésitaient à donner cet interdit contre l'héritier du preneur à précaire (3).

Le précaire né à l'occasion de l'*ager publicus*, avait été étendu dans la pratique aux fonds privés; et quand, dans la suite, l'*ager publicus* eut disparu, l'extension demeura seule debout. Mais les caractères singuliers, qui étaient une conséquence de son origine, durent s'altérer avec le temps : c'est ainsi qu'on arriva à donner l'interdit *de precario contre l'héritier*, à l'appliquer aux *meubles* (4), et enfin à le considérer comme la source d'une obligation proprement dite, garantie, comme toutes celles qui naissent des contrats réels innommés, par l'action *præscriptis verbis* (5).

---

(1) Rapports qui excluaient ceux de *créancier* et de *débiteur*, et par conséquent toute obligation civile: Paul., L. 14; Venul., L. 22, § 1, ff., *de Precario*.

(2) Isidor., *Orig.* V, 25.

(3) Comparez Paul., *Sentent.* V, 6, § 12, avec Ulpian., L. 8, § 8, ff., *de Precario*.

(4) Ulpian., L. 4, § 1, ff., *de Precario*.

(5) Ulpian., L. 2, § 2, et Julian., L. 19, § 2, ff., *de Precario*.

§ 350. — Interdits *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis.* — QUEM FUNDUM. — QUAM HÆREDITATEM.

Il était fait mention de ces interdits à double fin dans un fragment de Paul, L. 2, § 3, ff., *de Interdictis;* mais leur nature était complétement inconnue; et Cujas avait même défié qu'on pût trouver de semblables interdits (1).

Un fragment d'Ulpien, récemment découvert à Vienne, est venu très-clairement expliquer ce qui paraissait auparavant si obscur. Ce précieux fragment, qui ne se compose que de quelques lignes, contient la phrase suivante : (*sunt interdicta tam*) « adipiscendæ quam recuperandæ possessionis; « qualia sunt interdicta QUEM FUNDUM et QUAM « HÆREDITATEM : nam si fundum vel hæreditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur « ad me transferre possessionem, sive nunquam « possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem (2). »

Dans la revendication, soit d'un objet singulier, soit d'une hérédité, le défendeur (possesseur) était tenu de fournir au demandeur la caution *judicatum solvi.* Faute par lui de le faire, le de-

(1) Cuj., *Observ.* IV, 11.

(2) *Voy.*, sur ce fragment, un travail étendu de M. Pellat, dans la *Revue de législation,* année 1836, page 411.

mandeur obtenait du magistrat un interdit par lequel il était enjoint au défendeur de transférer la possession à son adversaire. De cette manière, les rôles des plaideurs changeaient : le défendeur devenait demandeur, et le demandeur originaire, constitué en possession, jouissait de tous les avantages attachés à la position de défendeur (1).

Le texte explique au reste très-bien comment ces interdits étaient tantôt *adipiscendæ* et tantôt *recuperandæ possessionis*, suivant que le demandeur auquel le magistrat faisait transférer la possession, n'avait jamais possédé, ou bien, au contraire, après avoir eu la possession, l'avait perdue.

Après avoir fait connaître les caractères généraux des interdits et leurs principales espèces, il faut maintenant dire ce qu'il y avait de particulier dans leur procédure.

### § 351. — De la procédure des interdits simples : *Sine periculo* et *cum periculo* (2).

On a déjà annoncé plus haut que l'interdit pouvait ne pas terminer définitivement la difficulté, et qu'il devenait alors l'origine d'une instance pour

---

(1) *Voy.* ci-dessus, page 278.

(2) Tout ce qui est dit dans ce paragraphe et dans le suivant, ne nous est connu que par la découverte du manuscrit de Gaius. Auparavant, on croyait généralement que l'interdit terminait toujours définitivement la difficulté.

laquelle le magistrat renvoyait les parties devant un juge, chargé d'examiner s'il avait été ou non satisfait à l'ordre ou à la défense contenue dans l'interdit. Cette instance pouvait se présenter sous une double forme. Tantôt elle était accompagnée de stipulations et de contre-stipulations qui au danger de perdre le procès lui-même ajoutaient celui de payer une somme plus ou moins forte : on disait alors que les parties plaidaient *cum periculo* ou *cum pœna*. Tantôt, au contraire, l'instance s'engageait sans que les parties fussent exposées à aucun autre danger que celui qui est inhérent à tout procès, à savoir : pour le demandeur, le danger de voir absoudre son adversaire; et, pour celui-ci, le danger de restituer et d'indemniser : on disait alors que les parties plaidaient *sine periculo* ou *sine pœna* (1).

On plaidait toujours *cum periculo* à la suite des interdits *prohibitoires;* l'instance qui s'engageait à la suite des interdits *restitutoires* ou *exhibitoires*, pouvait être conduite *cum* ou *sine periculo* (2).

I. *Procédure* SINE PERICULO. — Quand, à l'occasion d'interdits restitutoires ou exhibitoires, le défendeur désirait plaider *sine periculo*, il n'avait qu'à demander la formule *arbitraire;* mais, pour être accueillie, cette demande devait être faite immédiatement *in jure*, c'est-à-dire avant que les parties fussent sorties de la présence du magis-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 141.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 162.

trat : faute par le défendeur d'avoir réclamé cette action en temps utile, les parties étaient obligées de plaider *cum periculo.*

La formule arbitraire, dont nous avons déjà fait connaître les caractères généraux (§ 303), et l'application aux actions réelles (§§ 278 et suiv.), soumettait au juge la question de savoir si, eu égard aux termes de l'interdit, il y avait lieu, de la part du défendeur, d'exhiber ou de restituer.

Si le juge pensait que cette question devait être décidée contre le défendeur, il lui ordonnait de restituer ou d'exhiber (*jussus*); et, en cas de non-obéissance à ce *jussus,* il le condamnait à payer au demandeur une somme égale à l'intérêt que celui-ci avait à obtenir soit l'exhibition, soit la restitution.

Si, au contraire, le juge décidait la question contre le demandeur, il se bornait à absoudre le défendeur. Le demandeur n'était donc exposé à aucune peine; à moins que le défendeur n'eût obtenu contre lui l'action *de calumnia* (1) : Gaius condamne en effet l'opinion de ceux qui pensaient

---

(1) Cette action, dont il sera question dans le livre dernier de cet ouvrage, était donnée au défendeur contre le demandeur, qui agissait par esprit de chicane (*calumnia*) : elle se donnait en même temps que l'action principale, et était soumise au même juge. Celui-ci pouvait donc, en absolvant le défendeur de l'action principale, condamner le demandeur à indemniser le défendeur du préjudice que lui avait fait éprouver un procès injuste.

qu'en demandant que le litige fût vidé au moyen de la formule arbitraire, le défendeur se rendait non recevable à exiger contre son adversaire l'action de *calumnia*. Le danger auquel cette action expose le demandeur, ne doit pas être confondu avec celui auquel on fait allusion, quand on dit que les parties plaident *cum periculo*.

II. *Procédure* CUM PERICULO. — Toutes les fois qu'il s'agissait d'un interdit *prohibitoire*, et même à la suite des interdits restitutoires ou exhibitoires, quand le défendeur n'avait pas immédiatement demandé que le litige fût jugé sur formule arbitraire, l'instance était conduite à fin *cum periculo*. Le danger résultait de *sponsions* et de *restipulations* compliquées, dont une regrettable lacune de deux pages dans le manuscrit de Gaius ne nous permet pas de saisir parfaitement les règles de détail, mais dont on peut cependant se faire une idée d'ensemble assez nette.

Le demandeur provoquait son adversaire par une stipulation dont le sens était : *Si, malgré l'Edit du « Préteur, vous ne restituez pas ou vous n'exhibez pas, « me promettez-vous telle somme ?* — C'est la *sponsion*.

De son côté, le défendeur adressait au demandeur une stipulation dont Gaius ne nous fait point connaître les termes, mais qui devait évidemment présenter le sens suivant : « *Si c'est à tort que vous « réclamez la restitution ou l'exhibition, me promettez- « vous telle somme ?* — C'est la *restipulation* ou stipulation réciproque.

Ensuite, chacune des parties demandait la for-

mule correspondante à la stipulation qu'elle avait adressée à son adversaire, c'est-à-dire sans doute la formule d'une *condictio certi ex stipulatu* (1). A cette formule dans l'intérêt particulier du demandeur, on en joignait une autre (2) relative à la restitution ou à l'exhibition, pour le cas où le demandeur resterait vainqueur sur sa stipulation.

De cette manière, le procès se présentait au juge sous la forme d'une double action personnelle, d'une double condiction : d'une part : *Si paret N. Negidium* (le défendeur à l'interdit) *A. Agerio centum dare oportere; judex N. Negidium A. Agerio centum condemna* (3), *ni paret absolve*; et, d'autre part, *si paret A. Agerium N. Negidio centum*

(1) «*Edit formulam adversario*,» dit Gaius, *Comm.* IV, § 164. — Sur l'*editio actionis*, *voy.* le § 200 de cet ouvrage, tome 1[er], page 469.

(2) Le texte tronqué de Gaius (*Comm.* IV, § 164) laisse incertain le point de savoir si la question de restitution était posée au juge dans une action distincte, ou sous la forme d'une simple addition à la formule de l'action naissant de la *sponsio*. Cela n'est pas d'ailleurs très-important à savoir, puisque, dans l'un et l'autre cas, la question naissant de la *sponsio* et celle relative à la restitution étaient simultanément soumises au même juge.

(3) En supposant que la restitution en nature fût seulement l'objet d'une clause additionnelle à la formule de la *sponsio*, c'est sans doute ici qu'on ajoutait :... *imo nisi res restituatur, quanti ea res erit, condemna*.—En supposant, au contraire, une formule distincte pour la restitution de la chose, cette formule aurait été conçue à peu près de cette manière : *Si A. Agerius victor in sponsione fuerit, et nisi res restituatur, judex N. Negidium A. Agerio quanti ea res erit condemna.*

*dare oportere, judex A. Agerium N. Negidio condemna, ni paret absolve.*

Sous cette forme, qui masquait en quelque sorte le procès réel sous un procès factice, on se représente assez bien le rôle du juge.— Il avait à décider si N. Negidius devait à A. Agerius le montant de la sponsion; mais cette sponsion elle-même était conditionnelle (*si contra edictum non exhibueris*); de sorte que pour savoir si N. Negidius devait à A. Agerius, le juge avait en réalité à examiner le fond du procès, c'est-à-dire la question naissant de l'interdit. — Ceci posé, si le juge décidait en faveur du demandeur, il condamnait le défendeur (N. Negidius) à payer la somme comprise dans la sponsion du demandeur; il ordonnait, en outre, au défendeur de restituer ou d'exhiber, sinon il le condamnait à payer au demandeur l'estimation du litige; statuant ensuite sur la seconde formule, il absolvait A. Agerius. De cette manière, le défendeur, qui perdait son procès, se trouvait tenu et à la restitution de la chose et au payement de la somme portée en la sponsion. C'est là précisément qu'était pour lui le danger de cette procédure. — Si, au contraire, le juge décidait en faveur du défendeur, il l'absolvait quant à la première et à la seconde formule, et, statuant sur la troisième formule, il condamnait A. Agerius à payer à N. Negidius le montant de la restipulation.

Nous avons vu une procédure analogue pour l'action en revendication; mais il y a entre la sponsion des actions réelles et les sponsions des

interdits une double différence. Dans la revendication, il n'y a qu'une seule sponsion adressée par le demandeur au défendeur; et de plus cette sponsion n'est qu'une forme particulière pour soumettre le procès au juge, car le demandeur n'en exige jamais le montant. Dans les interdits, il y a deux sponsions en sens contraires; et, de plus, ces sponsions sont pénales, en ce que la partie qui perd son procès doit payer réellement le montant de la sponsion.

Après avoir ainsi décrit la procédure des interdits simples, Gaius passait sans doute à celle des interdits *doubles*, laquelle devait être naturellement plus compliquée encore, à cause du double rôle qu'y jouait chaque partie. Malheureusement, le manuscrit de Vérone présente en cet endroit une lacune de deux pages. La *fructuum licitatio*, dont il est question à la suite de la lacune et dont il sera parlé dans le paragraphe suivant, n'était que l'une des complications propres à la procédure des interdits doubles.

**§ 352. — De la procédure des interdits doubles, et notamment de la *fructuum licitatio*, du *judicium secutorium* ou *cascellianum*, et du *judicium fructuarium*.**

I. Dans les interdits doubles *uti possidetis* et *utrubi*, la défense s'adresse également aux deux parties; c'est donc de ces interdits principalement qu'il est vrai de dire avec Gaius qu'ils ne terminent pas l'affaire. En effet, après qu'ils avaient été ren-

dus, chacune des parties pouvait dire à son adversaire : *C'est vous que cette défense concerne;* car *c'est moi qui possédais, quand l'interdit* UTI POSSIDETIS *a été rendu;* ou bien : *C'est moi qui ai possédé le plus longtemps dans l'année qui a précédé l'interdit* UTRUBI. Chaque partie pouvait donc prétendre jouer le rôle de défendeur dans la procédure ultérieure. — On sortait de cette situation, en apparence inextricable, au moyen de la *fructuum licitatio.*

C'était, comme le mot l'indique, une mise aux enchères des fruits, c'est-à-dire de la possession provisoire pendant l'instance.

Le Préteur adjugeait la jouissance provisoire à celui qui en offrait le plus haut prix, c'est-à-dire qui s'engageait par sponsion à payer à son adversaire la somme la plus forte, à raison des fruits, dans le cas où il viendrait à être ultérieurement jugé que lui, possesseur provisoire, se trouvait être en contravention à l'interdit.

La licitation des fruits, en terminant la difficulté quant à la jouissance provisoire, n'empêchait pas néanmoins que chacune des parties ne fût en même temps demanderesse et défenderesse, car ce double rôle était une conséquence nécessaire des termes dans lesquels était rédigé l'interdit double. Chaque partie était donc en droit d'adresser à l'autre la stipulation pénale dont il a été question dans le paragraphe précédent, et se trouvait aussi tenue de répondre à sa restipulation : ce qui fait deux sponsions et deux restipulations, ou

quatre stipulations, deux dans un sens, deux dans un autre. Rendons cela sensible, en formulant ces quatre stipulations. — 1° Agerius disait à Negidius : *Me promettez-vous cent, si vous m'avez troublé contrairement à l'Édit du Préteur?* Negidius répondait : *Je le promets;* voilà une première sponsion. — 2° Negidius disait à son tour à Agerius : *Me promettez-vous cent, si c'est à tort que vous m'accusez d'avoir troublé votre possession?* Agerius le promettait ; c'est une première restipulation. — 3° Negidius reprenait ensuite la parole et disait à Agerius : *Me promettez-vous cent, si vous m'avez troublé dans ma possession contrairement à l'Édit du Préteur?* Agerius répondait : *Je le promets;* c'est la seconde sponsion, qui doit aussi avoir sa restipulation correspondante en cette manière. — 4° Agerius disait donc : *Et vous, me promettez-vous cent, si c'est à tort que vous m'accusez d'avoir troublé votre possession?* Negidius le promettait; c'est la seconde restipulation. — A ces quatre promesses qui se réfèrent au fond du litige, ajoutons celle qui a été faite à l'occasion de la jouissance provisoire, et nous trouvons *cinq* stipulations donnant lieu à autant de formules d'actions personnelles (*condictiones ex stipulatu*). — Ce n'est pas tout encore. Comme la *fructuum licitatio* n'était qu'un moyen préjudiciel de régler la possession provisoire, mais non un marché à forfait attribuant au plus offrant la propriété définitive des fruits à percevoir pendant la litispendance, il y avait, pour celui qui l'avait emporté dans l'enchère des fruits, obligation de rendre les

fruits eux-mêmes en sus de la somme promise pour obtenir le droit de les percevoir pendant le cours de l'instance : cette restitution des fruits devenait l'objet d'une instance particulière, dite *cascellienne* ou *sécutoire* (*judicium* CASCELLIANUM ou SECUTORIUM) (1). Enfin il y avait l'instance relative à la restitution de l'objet même du litige (2).

Voyons maintenant comment le juge, devant lequel les parties sont renvoyées, va se tirer de ces sept formules et trancher ces sept (3) instances juxta-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 166.

(2) Soit que cette restitution en nature fît l'objet d'une *clause ajoutée* à la *sponsio* du possesseur provisoire, soit qu'elle fût l'objet d'une formule spéciale et distincte.

(3) Il y en a *sept*, si on admet que la formule d'action propre à la sponsion de celui qui a obtenu la possession était accompagnée, quant à la restitution de la chose elle-même, non d'une simple clause additionnelle, mais d'une formule distincte ayant pour objet spécial la restitution de la chose. (*Voy.* pag. 429). — Si, au contraire, on admet que la restitution de la *chose* était une clause additionnelle à la formule de la sponsion; il y aurait eu seulement *six* formules ainsi réparties : *quatre* formules représentant Negidius comme défendeur, et correspondant : 1° à la sponsion d'Agerius, et à la restitution de la chose; 2° à la restipulation du même Agerius; 3° à la promesse faite par Negidius pour obtenir la jouissance provisoire; 4° enfin, à la restitution des fruits; *deux* formules représentant Agerius comme défendeur et correspondant : 1° à la sponsion, 2° à la restipulation de Negidius. Dès que nous supposons que Negidius a obtenu la jouissance provisoire, il ne peut évidemment être question d'examiner si Agerius est tenu de restituer la chose et les fruits.

posées. Rien de plus simple; car la complication n'est qu'apparente. Remarquons en effet que les cinq stipulations, la restitution de la chose elle-même et celle des fruits, sont en définitive subordonnées à une seule et même condition ; à savoir, par exemple dans l'interdit UTI POSSIDETIS, laquelle des parties avait la possession juridique au moment où l'interdit a été rendu. — Ceci posé, si le juge pense que la possession appartenait à Agerius, et en supposant que ce soit Negidius qui soit resté vainqueur dans la licitation des fruits, le juge aura cinq condamnations à prononcer contre Negidius, et deux absolutions au profit d'Agerius, à savoir : 1° condamnation de Negidius au montant de la sponsion à lui adressée par Agerius ; — 2° condamnation à raison de la restipulation adressée par Agerius à Negidius ; — 3° condamnation de Negidius à la somme par lui offerte pour obtenir la jouissance provisoire des fruits; — 4° de plus, si Negidius ne restitue pas l'objet en litige, condamnation à une somme égale à l'intérêt qu'avait Agerius à ce que la restitution fût faite ; — — 5° et enfin, en vertu de l'action cascellienne, *ordre* de restituer les fruits perçus, sinon, condamnation à en payer la valeur (1). Le juge doit enfin

(1) Comme toute condamnation devait être pécuniaire, l'analogie nous porte à penser que l'action cascellienne devait avoir la forme d'une action arbitraire ; ou, en d'autres termes, que la condamnation proprement dite à une somme d'argent devait être précédée d'un *jussus* de rendre les fruits en nature. (Gaius, *Comm.* IV, § 167.)

absoudre Agerius, à raison des deux promesses par lui faites, pour répondre à la sponsion et à la restipulation de Negidius.—Si c'était Agerius qui avait obtenu la jouissance provisoire, il y aurait de moins contre Negidius les trois dernières condamnations; et par contre il y aurait de plus, en faveur d'Agerius, trois absolutions correspondantes à la promesse par lui faite pour obtenir cette jouissance provisoire, à la restitution de la chose et à celle des fruits (1).

On voit par là que ce n'est pas sans raison que les Romains qualifiaient périlleuse la procédure des interdits *per sponsiones*. Cette rigueur extrême semblerait pouvoir s'expliquer par le grand intérêt qu'il y a pour l'ordre public à ce que la possession soit respectée; mais ce qui doit faire écarter cette idée, c'est que les actes, que, sous ce rapport, on aurait eu le plus d'intérêt à traiter sévèrement, à savoir les actes de violence extrême, ne donnaient pourtant lieu qu'à un interdit restitutoire (*unde vi*) sur lequel on pouvait plaider *sine periculo*.

Mais la procédure des interdits (*per sponsiones*) s'explique très-bien historiquement, quand on la compare à celle de l'action *sacramenti*. La *sponsion fructuaria* semble calquée sur la *cautio litis et vindiciarum ;* et le danger résultant des sponsions et restipulations n'est qu'une imitation des *prædes* qui étaient donnés par les deux parties au Pré-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 167 et 168.

teur, pour assurer au trésor public le recouvrement du *sacramentum* (§ 143). Il y avait toutefois cette différence que, dans le *sacramentum*, les *prædes* profitaient à l'État, tandis que, dans la procédure des interdits, les peines stipulées dans les sponsions et restipulations profitaient à celle des parties qui obtenait gain de cause.

Il est donc vraisemblable que cette procédure des interdits n'était qu'une imitation de la procédure *per sacramentum*.

II. Celui qui avait été vaincu dans la licitation des fruits n'était point tenu d'adresser au vainqueur la stipulation *fructuaria* (1), et pouvait par conséquent simplifier le litige en écartant ainsi l'instance cascellienne. Cela n'entraînait pour lui aucun préjudice; car il pouvait, après la décision du litige sur les sponsions et la restitution de la chose, agir, à raison des fruits, par une action spéciale dite *judicium* FRUCTUARIUM (2). On ne sait quelle était la nature de cette action; mais il est certain au moins qu'elle ne reposait pas sur une sponsion, puisqu'elle était donnée précisément dans le cas

---

(1) C'est-à-dire celle par laquelle celui qui succombe dans la *licitatio* des fruits stipule une somme du vainqueur pour le cas où il serait ultérieurement jugé que ce dernier n'avait pas droit à la possession.

(2) Cette action était aussi appelée *sécutoire*, parce qu'elle était une suite de la victoire quant aux fruits; mais non cascellienne. L'expression *sécutoire* s'appliquait donc à deux actions distinctes, au *Cascellianum judicium*, et au *judicium fructuarium*. (Cf. Gaius, *Comm*. IV, § 166, *in fine*, et 168, *in fine*.)

où le vaincu dans l'enchère des fruits avait négligé la stipulation fructuaire (1).

III. Tels sont les seuls renseignements certains que nous ayons sur la procédure des interdits ; ils suffisent pour donner une idée de l'ensemble. Mais pour quiconque connaît le style de Gaius, et l'art avec lequel cet écrivain savait exposer en quelques mots les doctrines les plus importantes, il est évident que les lacunes considérables qui existent en cette partie du manuscrit, dérobent à notre connaissance bien des choses dont nous ne pouvons pas même soupçonner la nature, et qui vraisemblablement jetteraient une toute autre lumière sur celles que nous connaissons.

Bien qu'il puisse y avoir quelque témérité à juger une procédure sur laquelle nous n'avons que des notions incomplètes, cependant on doit être vivement frappé des inconvénients que pouvaient présenter les dangers accumulés

---

(1) Gaius, après avoir parlé du *judicium fructuarium*, ajoute quelques mots qui n'ont pu être lus avec certitude :

... quo nomine ACTOR *i. s.* satis accipiatur.
... quo nomine ACTOR*is* satis accipiatur.
... quo nomine ACTOR *judicatum solvi* satis accipiat.

Dans toutes ces leçons, le sens est à peu près le même : on voit que, dans l'action fructuaire, le demandeur avait le droit d'exiger du défendeur, soit la caution *judicatum solvi* si l'on considère les lettres *i* et *s* comme une abréviation des mots *judicatum solvi*, soit une caution différente si on considère ces deux lettres comme les dernières du mot actor*is*.

comme à plaisir sur une classe de procès qui est, au contraire, chez nous, soumise à la procédure la plus simple et la moins couteuse, celle des justices de paix. Ces *sponsiones* et *restipulationes*, véritables gageures au moyen desquelles on doublait ou on triplait le danger du procès (1), ne devaient-elles pas très-souvent devenir, dans les mains du plaideur opulent, un moyen inique d'intimider un adversaire pauvre et de le faire reculer, malgré la conscience de son bon droit, devant les conséquences ruineuses que pouvait avoir pour lui un procès ainsi conduit?

Quoi qu'il en soit, on voit par ce qui précède combien étaient loin de la vérité les auteurs qui avaient pensé que la procédure des interdits était plus simple et plus sommaire que celle des actions proprement dites. Mais il ne faut pas confondre la *simplicité des formes* avec la *rapidité* dans la marche de la procédure; et tout nous fait croire qu'en effet les procès sur interdits étaient conduits plus rapidement que les autres; quoiqu'il soit impossible de dire exactement comment on arrivait à ce résultat (2).

---

(1) Nous ne savons pas, d'une manière positive, si le montant des sponsions et restipulations était abandonné au caprice des parties, ou limité soit par la loi, soit par le magistrat. Toutes les analogies portent cependant à penser que l'enjeu de ces sortes de gageures variait suivant l'importance du litige, et qu'ainsi il était limité. (*Voy.* Gaius, *Comm.* IV, § 14, 95, 175, 177.)

(2) *Voy.* sur ce sujet Bethmann-Hollweg, ouvrage déjà cité, § 37, pages 384-398.

# CHAPITRE CINQUIÈME.

## RESTITUTIONS EN ENTIER.

### § 353. — Caractères généraux des restitutions en entier.

Comme les *exceptions*, les *interdits* et les actions *in factum*, les restitutions en entier (*restitutiones in integrum*) étaient des remèdes juridiques d'origine prétorienne; mais, nulle part, le pouvoir que le Préteur s'était arrogé de corriger le droit civil, ne se présente sous une forme aussi tranchante que dans les restitutions en entier.

Dans les interdits, le Préteur avait statué en forme de règlements particuliers (1) sur des matières d'ordre et de police que le droit civil avait omis de régler. Dans les exceptions, le Préteur reconnaissait, en théorie du moins, les principes du droit civil; seulement, il fournissait en pratique une arme défensive contre les conséquences de ce droit qui paraissaient contraires à l'équité. Dans les actions *in factum*, il masquait sous l'apparence d'une pure question de fait des questions qui, posées dans les termes du droit civil, n'auraient pu

(1) Devenus avec le temps règlements généraux et sources de véritables droits. (*Voy.* § 323.)

conduire le demandeur au résultat désiré. Les *interdits*, les *exceptions*, les actions *in factum*, sont donc, à des titres divers, des moyens soit de suppléer aux lacunes du droit civil, soit d'en paralyser les résultats trop rigoureux. — Dans les restitutions en entier, le Préteur se mettait plus ouvertement et plus directement en opposition avec le droit civil, en tenant pour non avenus certains faits ou certains actes juridiques auxquels le droit civil attachait certaines conséquences, et en replaçant les parties dans la même position que si ces faits ou ces actes n'eussent pas été accomplis.

I. Les causes principales de restitution sont la *crainte*, le *dol*, la *minorité*, le *changement d'état*, l'*absence*, l'*erreur*; mais le Préteur s'était réservé, par une clause spéciale de l'Édit, le pouvoir de prendre en considération d'autres circonstances encore : SI QUA ALIA MIHI JUSTA CAUSA VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM (1).

II. La restitution s'opérait de deux manières : tantôt le magistrat la prononçait directement, sans renvoi à un juge (*extra ordinem*), en appréciant lui-même, après débat contradictoire, les faits de la cause (*causa cognita*) (2); tantôt, suivant la

(1) Ulpian., L. 1, et Paul., L. 2, ff., *de In integr. restit.* — Ulpian., L. 26, § 9, ff., *Ex quib. caus. maj.*

(2) Modestin., L. 3, ff., *de In integr. restit.* : « Omnes in « integrum restitutiones, *causa cognita*, a Prætore promit- « tuntur; scilicet ut justitiam earum causarum examinet, « an veræ sint quarum nomine singulis subvenit. »

procédure ordinaire, il renvoyait les parties devant un juge, au moyen d'une formule d'action restitutoire ou rescisoire (1).

Les mêmes circonstances qui motivaient les restitutions en entier, donnaient aussi quelquefois naissance à des actions que l'on confond souvent

(1) Cette double manière de procéder est clairement établie dans le texte suivant (Ulpian., L. 13, § 1, ff., *de Minorib.*) : «Interdum autem restitutio et in rem datur minori, «id est adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit «contractum. Utputa : rem a minore emisti et alii vendi«disti ; potest desiderare interdum adversus possessorem «restitui ne rem suam perdat, vel re sua careat ; et hoc «*cognitione prætoria*, VEL *rescisa alienatione dato in rem ju«dicio.*» Cf. Gaius, *Comm.* IV, § 38 ; Ulpian., L. 9, § 3, ff., *Quod met. caus.* ; Ulpian., L. 1, § 1, *Ex quib. caus. maj.* ; Ulpian., L. 9, § 4, ff., *de Jurejur.* — Plusieurs interprètes ont cru retrouver, dans ce double procédé, la double instance (*rescindant* et *rescisoire*) usitée dans la procédure moderne dans un cas analogue à ceux des restitutions en entier (Code de procéd., art. 501 et 503). Cette idée ne repose sur aucune preuve suffisante. Cependant il est question, dans quelques textes, d'un interlocutoire par lequel le magistrat se bornait à promettre à la partie qui demandait la restitution, qu'il accorderait ultérieurement soit une exception, soit une action rescisoire : Ulpian., L. 9, § 3, ff., *Quod met. caus.* «... et Prætorem, me adsi«dente, INTERLOCUTUM esse, *ut sive actione vellet adversus «Campanos experiri, esse propositam ; sive exceptione adver«sus petentes, non deesse exceptionem...*» Mais, quelle que pût être d'ailleurs la valeur pratique d'un tel interlocutoire, il paraît évident, d'après le texte même, que les déclarations de ce genre ne peuvent être comparées à un véritable *rescindant*.

avec les véritables restitutions, bien qu'elles en diffèrent essentiellement (1). Par exemple, dans le cas d'une aliénation à laquelle le propriétaire n'a consenti que sous l'empire de la crainte, une double voie est ouverte à celui qui a aliéné, à savoir la restitution proprement dite, et l'action *quod metus causa*. Par la restitution, l'aliénation est considérée comme non avenue, et le propriétaire est autorisé à revendiquer comme s'il n'avait jamais aliéné. Au contraire, dans l'action *quod metus causa*, on accepte l'aliénation comme un fait accompli, mais on demande que celui qui a profité de la violence, soit condamné au quadruple de la valeur de la chose aliénée (2). — Ce qu'on appelle la restitution en entier, contre les aliénations faites *judicii mutandi causâ*, n'est donc point une véritable restitution, puisqu'on accorde seulement à l'autre partie une action *in factum*, pour se faire indemniser du préjudice que lui cause l'aliénation opérée par

(1) Cette confusion est d'autant plus excusable qu'il est traité des unes et des autres promiscuément, dans les mêmes titres du Digeste, et que les jurisconsultes romains eux-mêmes comprennent souvent sous le nom de *restitutions*, et les véritables restitutions et les actions qui peuvent être intentées à leur place. (*Voy.*, par exemple, Paul., *Sentent.*, I, 7, § 4.).

(2) Paul., L. 21, § 6, ff., *Quod met. caus.* : « Si coactus hæreditatem repudiem, *duplici via* Prætor mihi succurrit : aut « *utiles actiones quasi hæredi dando*, aut *actionem metus causa* « *præstando* ; ut quam viam elegerim hæc mihi pateat. » — Cf. Marcell., L. 7, § 1, ff., *de In integr. restit.* ; Ulpian., L. 13, § 1, ff., *de Minorib.*

son adversaire, sans d'ailleurs toucher en aucune façon à cette aliénation (1).

IV. Outre les conditions particulières à chaque cause de restitution, et dont il sera question dans les paragraphes suivants, il y avait des conditions générales communes à toutes les restitutions, à savoir:— 1° Que la partie qui demande à être restituée, ait éprouvé une lésion; que cette lésion résulte de l'acte même contre lequel la restitution est réclamée, non d'un cas fortuit; et qu'elle soit d'une certaine importance (2); — 2° Que celui qui demande la restitution, soit lui-même exempt de dol et de faute (3); — 3° Que le droit commun ne lui ouvre aucun autre moyen de conserver ses droits (4); — 4° Qu'il apparaisse d'une cause de restitution admise comme telle par le droit (5); — 5° Que la restitution soit demandée dans le délai légal. Ce délai était d'une année utile, durée

---

(1) Gaius, L. 1, pr.; Ulpian., L. 4, § 5, ff., *de Alien. jud. mut.* — *Voy.*, cependant, le cas prévu par la L. 11 au même titre.

(2) Ulpian., L. 9; L. 11, § 4 et 5; L. 16, § 4; L. 49, ff., *de Minorib.* — Hermogen., L. 35, *eod. tit.* — Ulpian., L. 9, ff., *de Dolo malo.*

(3) Marcell., L. 7, pr., ff., *de In integr. restit.* — Paul., L. 16, ff., *Ex quib. caus. maj.* — Cette règle ne s'applique pas aux mineurs. (Ulpian., L. 44, ff., *de Minorib.*)

(4) Ulpian., I. 16, pr., ff., *de Minorib.*

(5) Paul., *Sentent.*, L. 7, § 1.—Mais, grâce à la dernière clause de l'Édit *si qua alia justa causa esse videbitur*, cette condition est assez élastique.

ordinaire des actions prétoriennes (§ 304); il fut porté à quatre ans continus par Justinien (1). Quand la restitution s'opérait au moyen d'une exception, elle n'était soumise à aucun délai; d'où la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (2).

§ 354. — 1° Restitution *Metus causa.*

On a déjà eu plusieurs fois l'occasion de rappeler que, d'après le droit civil, la crainte n'était point une cause de nullité des actes qui s'en trouvaient entachés; le droit prétorien (3), ne

(1) Justinian., L. ult., C., *de Temp. in integr. rest. tam minorib.* — Quelques interprètes, se fondant principalement sur le § 1er de cette même loi, prétendent que l'innovation de Justinien n'est applicable qu'à la restitution des mineurs, et à celle des majeurs seulement pour le cas d'absence : telle est notamment l'opinion de Zimmern, § 107, *in fine*. Pour l'opinion contraire, Mullenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 160, note 5.

(2) Paul., L. 5, § 6, ff., *de Doli mali et met. except.* : « Non « sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam hæc perpetuo competit : cum actor quidem in sua potestate habeat, quando « utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat « potestatem, quando conveniatur. » Cf. L. 5, C. *de Except.*

(3) La restitution *ob metum* est due au Préteur L. Octavius, qui vivait encore du temps de Cicéron. (*Voy.* Cicero in Verr., III, 65; I, 50; Epist. ad fratr., I, 1, n° 7). La première formule portait : *Quod vi metusve causa gestum erit ratum non habebo*; plus tard on supprima le mot *vis* comme inutile. (Ulpian., L. 1, ff., *Quod met. caus.*)

pouvant accepter des principes si rigoureux, venait au secours des personnes qui avaient été contraintes par une violence illégale, soit à s'obliger, soit à aliéner des droits acquis, soit à s'abstenir d'en acquérir de nouveaux (1).

I. Ce secours se présentait sous une triple forme: exception, action *quod metus causa*, et restitution proprement dite.

Il y avait lieu de recourir à l'exception, quand

---

(1) Cette opposition entre le droit civil et le droit prétorien a été souvent traduite en ces termes : *Les actes entachés de violence ou de dol ne sont pas nuls de plein droit* (c'est-à-dire d'après le droit civil), *mais seulement rescindables* (d'après le droit prétorien). Cette distinction entre les actes nuls de plein droit et les actes seulement rescindables, qui, à Rome, éveillait seulement l'idée d'un conflit entre deux branches de la législation, a passé dans notre Code civil (art. 1117). Cette distinction ne peut plus, évidemment, garder chez nous sa signification historique, mais elle peut se justifier, comme étant fondée sur la nature des choses. En déterminant les conditions requises pour la validité des contrats, le législateur a très-bien pu considérer certaines conditions comme plus essentielles que les autres; déclarer, en conséquence, que l'absence des unes produirait une nullité radicale, c'est-à-dire empêcherait le contrat de se former; tandis que l'absence des autres n'empêcherait pas le contrat de se former, mais le vicierait et en autoriserait l'annulation, à la charge de réclamer cette annulation dans certains délais. (Cod. civ, art. 1304, 1648, 1676). Toutefois, il est permis de croire que cette distinction n'eût pas été adoptée, ou eût été formulée autrement, si les rédacteurs du Code avaient mieux compris le sens et la portée qu'elle avait dans le droit romain.

l'acte extorqué par violence avait produit une action au profit d'une autre personne, c'est-à-dire quand l'intimidé s'était obligé, et que son créancier venait le poursuivre. L'intimidé n'était pas toutefois tenu d'attendre l'attaque, et pouvait prendre l'offensive pour obtenir sur-le-champ sa libération (1).

On devait recourir à l'*action* ou à la *restitution*, quand l'acte extorqué avait eu pour effet d'éteindre, au détriment de l'intimidé, un droit ou une action. Il est inutile de répéter ici ce qui a été dit dans le paragraphe précédent, sur la différence entre la restitution en entier et l'action *quod metus causa* (2).

II. Une violence quelconque ne donnait pas lieu à la protection prétorienne; il fallait qu'elle fût de nature à faire impression sur un homme courageux (*non vani hominis sed qui merito et in homine constantissimo cadat*), et qu'elle contînt la menace d'un mal considérable (*majoris malitatis*) et présent (3). L'Édit ne s'appliquait ni à la crainte de l'infamie, ni à la contrainte légale exercée par les magistrats (4); mais il s'appliquait à la violence exercée contre l'individu surpris en flagrant délit d'adultère ou de vol (5).

---

(1-2) Ulpian., L. 9, § 4, ff., *Quod met. caus.*

(3) Ulpian., L. 5; Gaius, L. 6; Ulpian., L. 9, ff., *Quod met. caus.*

(4) Ulpian., L. 7, *princ.*, et § 1, ff., *Quod met. caus.*

(5) Ulpian., L. 7, § 1, ff., *eod. tit.*

III. La restitution proprement dite ne se donnait que dans l'année ; l'action *quod metus causa* ne se donnait pareillement au quadruple que pendant l'année ; mais, au simple, elle était perpétuelle (1).

§ 355.—II° Restitution *ob dolum*.

I. L'Édit général sur le *dol* est dû à Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron (2). Avant lui, la législation n'avait égard au dol que dans trois circonstances particulières, à savoir : le dol du tuteur envers son pupille, prévu déjà par les XII Tables ; le dol envers les mineurs de vingt-cinq ans, puni par la loi Plætoria ou Lætoria (3) ; et enfin, le dol dans les contrats de bonne foi, sans qu'aucune loi eût été nécessaire. Pour se garantir du dol dans les contrats de droit strict, les parties étaient obligées de recourir à une stipulation particulière : *Dolum abesse abfuturumque* (4). L'Edit de Gallus Aquilius vint combler cette lacune : QUÆ DOLO MALO FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT, ET JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, JUDICIUM DABO (5).

II. Servius avait défini le *dolus malus : machinatio quædam alterius decipiendi causa, cum aliud si-*

---

(1) Paul., L. 21, § 1, et Ulpian., L. 14, § 2, ff., *eod. tit.*
(2) Cicero, *de Natura deor.*, 3; et *de Offic.*, III, 14, 15.
(3) *Voy.* ci-après, § 356.
(4) Ulpian., L. 7, § 3, ff., *de Dolo malo.*
(5) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Dolo malo.*

*mulatur et aliud agitur.* Labéon critiqua cette définition comme insuffisante et proposa la suivante, qui a été universellement acceptée: *Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* (1).

III. Le dol donne lieu tantôt à une exception, tantôt à une action, selon que la partie trompée se défend contre une poursuite intentée en vertu de l'acte entaché de dol, ou que, prenant l'offensive, elle demande à être indemnisée de la perte qu'elle éprouve par suite du dol de son adversaire.

L'action de dol est arbitraire (§ 303): faute par le défendeur d'obéir au *jussus*, on le condamne *quanti ea res erit* (2). Elle est infamante; aussi n'est-elle accordée qu'à défaut de tout autre moyen de droit (3).

Ce principe a fait douter qu'il existât pour le cas de dol, une restitution proprement dite à côté de l'action *doli mali*, comme cela arrivait pour le cas de crainte: en effet, puisque l'action *doli* ne se donnait qu'à défaut de tout autre secours juridique, la possibilité de recourir à cette restitution aurait rendu sans application l'action de dol. Il est toutefois difficile de nier l'existence d'une restitution proprement dite, fondée sur le dol, en présence du texte si formel de Marcellus :

(1) Ulpian., L. 1, § 2, ff., *de Dolo malo.* — Cf. L. 7, § 10.
(2) Paul., L. 18, pr., § 1 et 4, ff., *eod. tit.*
(3) Ulpian., L. 1, § 4, ff., *eod. tit.* — Cf. d. L. 1, § 6.

« ..... Et enim deceptis sine culpa sua, maxime si « fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit; cum etiam de dolo malo actio competere so« leat; et boni Prætoris est *potius restituere litem*, « ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem « famosam constituere... (1). » Pour concilier cette contradiction, il suffirait d'admettre que la restitution proprement dite n'était accordée *ob dolum* que dans certains cas spéciaux; tandis que pour la crainte, la partie violentée avait toujours, au contraire, le choix entre la restitution et l'action *quod metus causa* (2).

§ 356. — III°. Restitution à raison de la minorité.

I. Il faut d'abord se rappeler ce que les Romains entendaient par mineurs de vingt-cinq ans. Le droit civil, réglant la capacité civile sur l'aptitude physique à la reproduction, avait fixé à l'époque de la puberté l'âge de capacité légale. Pour éviter un examen personnel contraire à la pudeur, on finit par considérer la puberté comme existant à quatorze ans chez les hommes et à douze ans chez les femmes (3). On ne tarda pas à reconnaître les inconvénients d'une capacité si prématurée.

(1) Marcell., L. 7, § 1, ff., *de In integr. restitut.*
(2) Paul., L. 21, § 6, ff., *Quod metus causa.*
(3) Gaius, *Comm.* I, § 136 et pr., Institut. *Quibus mod. tut. finit.*

Un plébiscite de l'an de Rome 568, connu sous le nom de loi Plætoria ou Lætoria, prononça la peine de l'infamie contre ceux qui tromperaient les mineurs de vingt-cinq ans, c'est-à-dire les individus qui, ayant dépassé l'âge de puberté, n'auraient pas encore accompli leur vingt-cinquième année. — La loi Plætoria ne prononçait point d'ailleurs la nullité des actes surpris aux mineurs; ce qui conduisit le Préteur à introduire, en leur faveur, la restitution en entier. — Plus tard, un rescrit de Marc Aurèle permit de leur donner des curateurs quand ils en demanderaient (1). Mais, nonobstant ces modifications, les mineurs de vingt-cinq ans étaient pleinement capables d'après le droit civil; seulement le Préteur rescindait les actes qui leur portaient préjudice (2). C'est donc avec raison que les Romains pouvaient dire *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus*: en effet, en tant que mineur, l'adolescent est parfaitement capable, et partant les actes qui émanent de lui sont valables d'après le droit civil; mais le Préteur les rescinde à raison de la lésion. Quant aux individus âgés de moins de douze ou de quatorze ans, c'est-à-dire quant aux *pupilles*, comme ils étaient incapables de s'obliger, le droit prétorien n'avait point à les restituer

(1) Plaut., *Pseud.*, act. I, scen. 3, vers 68.— § 2, Instit., *de Curat.*

(2) Quod cum minore XXV annis gestum esse dicetur uti quoque res erit animadvertam. (Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Minorib.*)

contre leurs actes, puisque ces actes étaient nuls d'après le droit civil lui-même (1).

II. Au surplus, il n'y avait aucune action particulière pour protéger les mineurs (2) : le Préteur jouissait, à cet égard, des pouvoirs les plus étendus ; il pouvait venir au secours des mineurs dans tous les cas, soit en leur donnant une *exception*, soit en les restituant *extra ordinem*, soit en leur accordant une formule rescisoire, ainsi qu'on l'a vu au § 353.

§ 357. — IV°. Restitution pour cause de changement d'état.

Il s'agit seulement ici du changement d'état connu sous le nom de *minima capitis diminutio*.

---

(1) Les mineurs de vingt et un ans du droit français sont incapables, et par conséquent ils sont chez nous ce qu'étaient les *impubères* du droit romain ; ils diffèrent donc essentiellement des *mineurs de vingt-cinq ans* des Romains. Cependant, d'après l'opinion de la plupart des auteurs, notre législateur aurait transporté à nos mineurs (personnes incapables) plusieurs des règles que les Romains avaient établies en vue de leurs mineurs de vingt-cinq ans (personnes capables), et notamment la maxime : *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* J'ai eu à soutenir, devant la Chambre des requêtes, que tel ne pouvait être le système du Code civil, et que notre mineur, en tant qu'incapable, pouvait demander la nullité de ses engagements, sans être tenu de prouver la lésion. Le pourvoi, admis sur les conclusions de M. l'avocat général Delangle, a été récemment rejeté par la Chambre civile.

(2) Paul., L. 24, § *ult.*, ff., *de Minorib.*

D'après le droit civil, le père de famille qui se donne en adrogation est affranchi de toutes ses dettes. Le Préteur tenait le changement d'état pour non avenu, et donnait contre le débiteur les actions utiles résultant des contrats faits avec lui avant qu'il eût changé d'état : QUI QUÆVE POSTEAQUAM CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DIMINUTI, DIMINUTÆVE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE, PERINDE QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO (1).

Quant au grand changement d'état (*maxima capitis diminutio*), il n'y avait pas de restitution proprement dite, mais on accordait aux créanciers les actions utiles contre le maître sous la puissance duquel le débiteur était tombé (2).

§ 358. — V°. Restitution pour cause d'erreur. (*Justus error.*)

Cette cinquième cause, fondée sur l'erreur, n'a pas été l'objet d'un titre spécial dans le Digeste.

Suétone, dans la vie de Claude, nous apprend que cet empereur introduisit une restitution en faveur d'un demandeur qui avait perdu son procès par plus-pétition (3). Gaius nous fait connaître d'autres cas de restitution en matière de procédure (4). On trouve aussi çà et là dans le Digeste

(1) Ulpian., L. 2, § 1, ff., *de Capit. minut.*—Cf. Gaius, *Comm.* IV, § 38.

(2) Paul., L. 7, § 2 et 3, ff., *de Capit. minut.*

(3) Sueton., Claud., c. 14.

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 53 et 57.

d'autres exemples de restitution pour cause d'erreur (1).

§ 359. — VI°. Restitution *ob absentiam*.

Cette sixième cause de restitution a lieu, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action pendant son absence, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action par suite de l'impossibilité où il s'est trouvé de l'exercer contre un absent.

Nous avons vu des exemples de l'une et de l'autre restitution pour cause d'absence, en traitant de l'action contre-publicienne (§ 283). Au reste, le texte de l'édit montre suffisamment l'importance de ce sixième chef de restitution : SI CUJUS QUID DE BONIS, CUM METU AUT SINE DOLO MALO REIPUBLICÆ CAUSA ABESSET, INVE VINCULIS, SERVITUTE HOSTIUMQUE POTESTATE ESSET ; SIVE CUJUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR ; ITEM, SI QUIS QUID USU SUUM FECISSET, AUT, QUOD NON UTENDO AMISIT, CONSECUTUS, ACTIONEVE, QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EJUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR, INVE VINCULIS ESSET, SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET, AUT CUM EUM INVITUM IN JUS VOCARI NON LICERET, NEQUE DEFENDERETUR ; CUMVE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET ; SIVE QUI PRO MAGISTRATU, SINE DOLO

(1) Ulpian., L. 2 et L. 11, ff., *de Except. rei judicat.* — L. 13, § 1, *de Instit. act.* — L. 2, § 8, *de Interrogat. in jure* — L. 1, § 18, *de Repl.*

IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR, EARUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT (1).

# CHAPITRE SIXIÈME.

## STIPULATIONS PRÉTORIENNES.

### § 360. — Des stipulations prétoriennes en général. (*Stipulationes cautionales.*)

Les moyens de droit connus sous le nom de stipulations prétoriennes, différaient, et par le fond et par la forme, de tous ceux dont il a été question dans les chapitres précédents. Ils en différaient par le fond, en ce que les stipulations prétoriennes n'avaient pas pour objet d'obtenir la réparation d'une atteinte déjà consommée contre nos droits ou nos intérêts; elles étaient bien plutôt des moyens de prévenir une telle atteinte dans l'avenir, en exigeant d'avance des garanties contre certaines éventualités. En considérant donc les actions proprement dites comme des moyens *répressifs*, les stipulations prétoriennes seraient des moyens *préventifs* (2). Ils en différaient quant à

(1) Ulpian., L. 1, § 1, *Ex quib. caus. maj.*

(2) Certaines *præscriptiones* peuvent être aussi considérées comme présentant un caractère préventif; mais le but est atteint par des moyens tout différents.

la forme, en ce que, bien que le magistrat intervînt pour obliger l'une des parties à donner à l'autre certaines garanties, l'avantage que se proposait le demandeur résultait bien plus immédiatement de la convention privée, que de l'autorité même du magistrat; puisqu'en définitive, une promesse faite spontanément, et en dehors de la présence du magistrat, aurait procuré exactement les mêmes avantages.

Les stipulations prétoriennes proprement dites ou *cautionales*, les seules dont il soit question ici, ne doivent être confondues ni avec les stipulations *judiciales*, ni avec les stipulations *communes*, qui intervenaient entre plaideurs pour assurer soit la continuation de l'instance, par exemple, la *cautio in judicio sistendi*, soit l'exécution du jugement, par exemple, la *cautio judicatum solvi* (1).

Quoique très-différentes des actions proprement dites, les stipulations *cautionales* étaient cependant considérées comme tenant lieu d'actions (*instar actionis habent*); à tel point que lorsqu'une partie s'adressait au magistrat pour obtenir une stipulation de cette nature, on pouvait lui opposer la compensation, aussi bien qu'on aurait pu le faire plus tard à l'action née de cette stipulation (2).

La garantie que l'on se procurait au moyen des stipulations prétoriennes résultait tantôt de la sim-

(1) *Voy.*, aux Institutes, le titre *de Divis. stipul.* — Ulpian., L. 1, pr., ff., *de Stipul. præt.*

(2) Ulpian., *d.* L. 1, § 2 *eod. tit.*; et L. 10, § 3, ff., *de Compens.*

ple promesse de l'autre partie (*cautio*), laquelle fait naître l'action *ex stipulatu;* tantôt de l'intervention d'un fidéjusseur (*satisdatio*) (1).

Pour n'avoir point à prouver plus tard le *quanti interest*, il était d'usage de stipuler une peine pour le cas où le défendeur ne tiendrait pas la promesse formant l'objet direct de la stipulation prétorienne (2).

Notre législation ne connaît pas plus en matière civile qu'en matière criminelle les moyens préventifs, qui pourtant présenteraient de si notables avantages pratiques : on les a sans doute jugés peu compatibles avec la liberté. Il y avait au surplus, à Rome, pour justifier l'emploi de ces moyens préventifs, une raison qui n'existe pas chez nous. D'après notre Code civil, chacun répond et du dommage qu'il a causé par sa faute, sa négligence ou son imprudence, et de celui qui a été occasionné par les personnes dont il répond, et par les choses qu'il a sous sa garde (3). Celui qui éprouve un dommage, trouvant donc toujours dans ces principes un titre légitime de poursuite pour obtenir réparation, n'a pas besoin de se créer, en quelque sorte artificiellement, une action que le droit commun lui promet d'une manière si complète et si absolue. Les Romains n'avaient pas même

(1) Ulpian., *d.* L. 1, § 5, 6, 7 et 8; et L. 7, ff., *eod. tit.*
(2) Venul., L. 11, et Paul. L. 6, ff., *eod. tit.*
(3) Code civil, art. 1382, 1383 et 1384.

eu l'idée de ces larges principes en matière de responsabilité ; loin de là, ils tenaient pour maxime que nul ne peut être obligé à raison du dommage causé par les choses qui lui appartiennent, *au delà de la valeur de ces mêmes choses* (1) : le propriétaire, dont la chose avait causé quelque dommage, pouvait donc, presque toujours, se soustraire à toutes les réclamations de la personne lésée, en abandonnant l'objet qui avait causé le dégât.

C'est pour prévenir un résultat si contraire à l'équité, que les Préteurs avaient imaginé de contraindre celui dont la chose pouvait causer quelque dommage, à *promettre* indemnité à la personne menacée, si le dommage que celle-ci redoutait venait à se réaliser. Cette promesse, qui, chez nous, n'ajouterait rien au titre légal d'action écrit dans les articles 1382 et suivants de notre Code, procurait au contraire au Romain menacé dans ses intérêts une action qui, sans cette précaution, lui aurait complétement manqué, ou à la place de laquelle il n'aurait eu que des moyens moins efficaces d'obtenir réparation.

---

(1) Ulpian., L. 7, § 1, ff., *Damn. infect.* : «... quum enim «animalia, quæ noxam commiserunt, non ultra nos solent «onerare, quam ut noxæ ea dedamus : multo magis ea, «quæ anima carent, ultra nos non deberent onerare; præ«sertim cum res quidem animales, quæ damnum dederint, «ipsæ extent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt «desierint extare.» — Cf. *d.* L. 7, § 2. — *Voy.* ci-dessus § 306 et 308.

Ces réflexions, quoique plus directement applicables à la *cautio damni infecti*, le sont aussi, sous plusieurs rapports, aux autres stipulations prétoriennes.

### § 361. — 1° *Cautio damni infecti.*

Cette stipulation est traitée avec de grands développements dans un titre spécial du Digeste; on présentera seulement ici les traits les plus saillants.

I. Cette stipulation ne pouvait être exigée qu'à raison d'un dommage futur (*infectum, non adhuc factum*), et non à raison d'un dommage déjà arrivé (1).

Elle avait lieu toutes les fois que, par vétusté ou vice de construction, un édifice menaçait ruine, et devenait ainsi, pour les voisins, une cause de péril imminent (2).

Elle pouvait être demandée par le propriétaire de l'héritage menacé, ou par tous ceux qui avaient intérêt à sa conservation, contre tout propriétaire ou possesseur de l'édifice menaçant ruine (3).

Il faut s'adresser, pour l'obtenir, aux magistrats supérieurs, qui peuvent cependant, à raison de

(1) Ulpian., L. 7, § 1 et 2; Gaius, L. 8; Afric., L. 44, ff., *Damn. infect.*

(2) Gaius, L. 19, § 1; Ulpian., L. 15, § 3 et 8; L. 24, § 2, *eod. tit.*

(3) Ulpian, L. 13, § 1 et 9; L. 11; Paul., L. 5, L. 18 et L. 38, ff., *eod. tit.* — Ulpian., L. 13, § 2; Pompon., L. 39, § 1; Paul., L. 9, § 5, L. 10 et L. 22, ff., *eod. tit.*

l'urgence, déléguer leurs pouvoirs aux simples magistrats municipaux (1).

II. Celui qui demandait la caution *damni infecti* devait, au préalable, jurer qu'il n'agissait point par esprit de chicane (*de calumnia jurare*) (2).

On examinait ensuite si le demandeur n'avait aucun autre moyen juridique de se garantir du dommage (3), et s'il n'avait aucune faute à s'imputer à raison du péril redouté (4).

Le magistrat ordonnait ensuite au défendeur de promettre indemnité au demandeur, pour le cas où le danger redouté viendrait à se réaliser: cette garantie était tantôt une simple promesse, tantôt une satisdation (5). La stipulation avait toujours lieu à terme; car il eût été trop rigoureux d'exiger du défendeur un engagement indéfini; mais, le terme expiré, on pouvait renouveler la demande (6). — Du reste, le magistrat jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour la fixation tant de ce terme que des autres conditions de la stipulation (7).

III. Si le défendeur refusait de répondre à la

(1) Ulpian., L. 1 et L. 4, § 3, ff., *Damn. infect.*

(2) Ulpian., L. 13, § 3, 12, 13 et 14, ff., *eod. tit.*

(3) Gaius, L. 32; Pompon., L. 39, pr.; Ulpian., L. 40, § 1; Alfen., L. 43, § 1 et 2, ff., *eod. tit.*

(4) Ulpian., L. 13, § 7, ff.. *eod. tit.*

(5) Ulpian., L. 13, § 1; L. 30; Paul., L. 31, § 1, ff., *eod. tit.*

(6-7) Ulpian., L. 13, § 15; Paul., L. 14; Ulpian., L. 4 et L. 15, ff., *eod. tit.*

stipulation du demandeur, le Préteur envoyait celui-ci en possession de l'édifice menaçant ruine : c'est la mission *ex primo decreto*, laquelle ne confère au demandeur qu'une simple détention, et non la possession civile, qui continue d'appartenir au défendeur (1).

Quand, au bout d'un certain temps, le défendeur persévérait dans son refus, le Préteur accordait à l'envoyé en possession la possession civile, qui lui permettait d'acquérir par usucapion la propriété même de l'édifice dont le mauvais état avait motivé l'ordre de garantir (*missio ex secundo decrecto* (2).

Il y avait une action *in factum, in id quod interest*, contre le défendeur qui, après avoir refusé la caution *damni infecti*, s'opposait à l'entrée en possession du demandeur *ex primo vel ex secundo decreto* (3).

§ 362. — II° *Cautio legatorum servandorum causa.*

Pour assurer l'accomplissement des volontés des défunts le Préteur obligeait, dans certains cas *causa cognita*, l'héritier à garantir, par fidéjusseurs (*satisdare*), aux légataires l'exacte délivrance des legs au jour de leur exigibilité. — Faute par l'héritier de fournir cette caution, le magistrat

(1) Ulpian., L. 4, § 1; L. 15, § 11, 12, 13, 14, 20, 30, 31, 34, 35, ff., *eod. tit.*

(2) Paul., L. 5; Ulpian., L. 15, § 16, 21, 22, 26, 27; Paul., L. 18, § 15, ff., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 4, § 2; Paul., L. 18, § 13, ff., *eod. tit.*

envoyait les légataires en possession des biens héréditaires (1).

§ 363. — III° *Cautio rem salvam pupilli fore.*

Les tuteurs et curateurs étaient pareillement contraints par le Préteur à garantir, par fidéjusseurs ( *satisdare* ), la bonne administration des biens des individus en tutelle ou en curatelle ( *rem pupilli vel adolescentis salvam fore* ). Cette caution devait précéder tout acte d'administration (2).

Comme on ne peut stipuler pour autrui, on faisait stipuler, autant que possible, par le pupille lui-même. Quand le pupille était absent ou encore *infans,* on faisait stipuler par un esclave du pupille, et à défaut d'esclave du pupille par un esclave public, qui, étant réputé avoir tous les citoyens romains pour maîtres, avait qualité pour stipuler pour tel ou tel d'entre eux (3). Enfin on admit aussi que la stipulation pouvait être faite par une personne libre désignée par le Préteur (4).

---

(1) *Voy.*, pour les détails, Dig., liv. XXXVI, tit. III et IV.

(2) § 4, Instit., *de Divis. stipul.*

(3) Ulpian., L. 2, ff., *Rem pupill. salv.* — § 3, Instit., *de Stipul. serv.*

(4) Mais alors le pupille n'avait que l'action utile, car on ne peut acquérir aucun droit par une personne indépendante. (Ulpian., L. 3 et 4, ff., *eod. tit.*)

Les tuteurs étaient contraints à fournir la caution *salvam rem pupilli fore* par la *pignoris capio* de leurs biens (1).

## CHAPITRE SEPTIÈME.

### NOVI OPERIS NUNCIATIO (2).

§ 364. — Nature, formes et effets de la *novi operis nunciatio.*

I. La dénonciation de nouvel-œuvre était un moyen fort énergique et fort sommaire d'arrêter l'exécution des ouvrages qui paraissaient être de nature à porter atteinte aux droits des propriétaires voisins. — Ce moyen juridique a des caractères particuliers qui ne permettaient pas de le ranger dans aucune des espèces traitées dans les chapitres précédents. Il tient de la *cautio damni infecti,* en ce qu'il est, comme elle, un moyen de protection contre un dommage futur, non contre un dommage consommé; il se rapproche des interdits et des actions négatoires (3), en

(1) § 3, Instit., *de Satisd. tut.*

(2) Cette matière est traitée avec beaucoup de détails dans un titre spécial du Digeste, livre XXXIX, titre I.

(3) Et même, quelquefois, des actions confessoires : en effet, la dénonciation de nouvel-œuvre peut avoir lieu non-

ce qu'il tend à prévenir des atteintes analogues à celles que les interdits et les actions négatoires ont pour objet de réprimer ; mais il diffère des uns et des autres par les formes qui lui sont propres.

II. En effet, à la différence des actions, des interdits et des stipulations prétoriennes, la dénonciation de nouvel œuvre ne supposait nullement la présence ni l'intervention soit d'un magistrat, soit d'aucun officier public : c'était un acte purement privé (1), comme l'*in jus vocatio* (§ 138 et 191).

Le dénonçant se transportait sur les lieux, et déclarait s'opposer à la continuation du nouvel-œuvre (2). Cette opposition s'opérait tantôt par une voie de fait symbolique (*lapilli ictu* ou *jactu*) (3), tantôt par une simple déclaration verbale adressée,

---

seulement contre le nouvel-œuvre qui serait de nature à grever notre fonds d'une servitude, auquel cas elle opère comme action négatoire; mais aussi contre le nouvel-œuvre que le voisin ferait au mépris d'une servitude de *ne pas construire* due par son fonds au nôtre (Ulpian., L. 5, § 9, ff., *de Op. nov.*). — Toutefois, il n'y aurait pas lieu à la dénonciation de nouvel-œuvre, et il faudrait recourir soit aux interdits, soit à l'action confessoire, si le nouvel-œuvre contrariait une servitude active sur le fonds voisin, par exemple, une servitude de passage. (Julian., L. 14, ff., *eod. tit.*)

(1) Ulpian., L. 1, § 2, ff., *de Oper. nov. nunc.*

(2) Ulpian., L. 5, § 2, 4, 7 et 15; Paul., L. 8, § 1, ff., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 5, § 10, ff., *de Oper. nov.*, et L. 6, § 1, ff., *Si servit. vindicet.*

bale adressée soit au voisin, soit aux ouvriers employés aux travaux qu'on voulait arrêter (1).

La dénonciation de nouvel-œuvre ne pouvait avoir lieu que pour des travaux en voie d'exécution. Quant aux ouvrages déjà terminés, il fallait recourir soit aux interdits, soit aux actions confessoires ou négatoires (2).

III. Sur cette protestation, les travaux devaient être arrêtés à l'instant, sauf réclamation ultérieure devant le magistrat, si le propriétaire voisin pensait avoir le droit d'exécuter l'ouvrage par lui entrepris (3).

Si, au mépris de la *nunciatio*, le voisin continuait le nouvel-œuvre, un interdit restitutoire donnait au dénonçant les moyens de faire détruire tout ce qui avait été fait depuis la dénonciation : « QUEM IN LOCUM NUNCIATUM EST, NE QUID OPERIS NOVI FIERET, QUA DE RE AGITUR : QUOD IN EO LOCO, ANTEQUAM NUNCIATO MISSA FIERET, AUT IN EA CAUSA ESSET UT REMITTI DEBERET, FACTUM EST, ID RESTITUAS » (4).

IV. Le voisin, ainsi arrêté dans ses travaux, avait plusieurs voies pour faire lever l'obstacle.— Il pouvait d'abord en référer au magistrat, faire

(1) Ulpian., L. 1 § 5; L. 5, § 5; L. 10, ff., *de Oper. nov.*— Paul., L. 11, ff., *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 1, § 1, 8, 12, 13, ff., *de Oper. nov.*

(3) Ulpian., L. 1, § 7, et L. 20, § 1, 3, 4, ff., *de Oper. nov.*

(4) Ulpian., L. 20, ff., *de Oper. nov. nunciat.* — Les mots *antequam nunciatio missa fieret* signifient avant que le magistrat ou l'adversaire ait donné *mainlevée* de l'opposition.

juger que la dénonciation avait été faite à tort, et en obtenir la mainlevée (*nunciationis remissio*) (1). — Il pouvait aussi obtenir de continuer le travail, en donnant ou en offrant caution, tantôt par simple promesse, tantôt par satisdation (2); et alors, il avait un interdit prohibitoire, qui le protégeait contre toute voie de fait de la part du dénonçant : « QUEM IN LOCUM NUNCIATUM EST NE QUID OPERIS NOVI FIERET, QUA DE RE AGITUR : SI DE EA RE SATISDATUM EST, QUOD EJUS CAUTUM SIT, AUT PER TE STAT QUOMINUS SATISDETUR; QUOMINUS ILLI IN EO LOCO OPUS FACERE LICEAT, VIM FIERI VETO » (3).

---

(1) Ulpian., L. 1, § 9, ff., *de Oper. nov.* : « Et post operis « novi nunciationem committunt se litigatores prætoriæ ju- « risdictioni. »

(2) Paul., L. 8, § 2, 3, 4, ff., *de Oper. nov.* — Ulpian., L. 5, § 17, et L. 21, ff., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 20, § 9, ff., *de Nov. oper. nunciat.*

# LIVRE QUATRIÈME.

## DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS (1).

**§ 365.—De la capacité d'ester en justice (2), soit pour son propre compte, soit pour le compte d'autrui.— Division de ce livre.**

La capacité d'ester en justice était régie par des principes différents de ceux qui réglaient la capacité en matière de contrats.

I. Les esclaves n'avaient pas de personne civile, et dès lors, ne pouvaient ester en justice, soit pour eux, soit pour leurs maîtres, ni comme demandeurs, ni comme défendeurs; ils ne pouvaient même se faire représenter par procureurs : toute sentence obtenue par eux ou contre eux était radicalement nulle (3). Très-exceptionnellement, ils pouvaient porter plainte contre leurs

(1) *Voy.* aux Institutes, le titre x du livre IV, *de his per quos agere possumus;* au Digeste, les titres *de Postulando, de Judiciis, de Procuratoribus*, et les titres correspondants des Codes Théodosien et Justinien.

(2) Cette aptitude est désignée par cette périphrase technique : *Legitima persona standi in judicio.* — *Voy.* la rubrique du titre vi, livre III, au Code de Justinien.

(3) Gaius, L. 107, ff., *de Reg. jur.*— Gordian., L. 6; Diocl. et Max., L. 7, C., *de Judic.*— Papin., L. 44, § 1, ff., *de Judic.*

maîtres, dans certains cas spécifiés par les lois (1).

Les pérégrins ne pouvaient ester dans les *judicia legitima ;* mais ils étaient admis à plaider, soit en demandant, soit en défendant, au moyen d'actions fictices (2).

Les fils de famille ont toujours eu, au contraire, une personne civile (3); ils pouvaient donc ester en justice comme défendeurs (4). S'ils ne pouvaient agir comme demandeurs, cela ne tenait pas à une incapacité, mais à cette circonstance qu'acquérant tous les droits pour le père de famille, ils ne pouvaient les revendiquer en justice en leur propre nom. On finit, toutefois, par donner aux fils de famille le droit d'actionner en justice au moyen d'actions conçues *in factum* (5).

Tant que dura la tutelle des femmes, elles ne purent ester en justice qu'avec l'autorisation de leurs tuteurs (6). Après que cette tutelle fut tombée en désuétude, elles purent figurer en justice, soit en demandant, soit en défendant; mais seulement dans leur propre cause : car, sauf quelques rares

---

(1) Hermogen., L. 53, ff., *de Judic.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 37. — *Voy.* ci-dessus, page 32.

(3) Quelques auteurs croient cependant que dans les premiers temps de Rome, il n'y avait peut-être aucune différence entre les fils de famille et les esclaves : ce qui me paraît peu probable.

(4) Ulpian., L. 57, ff., *de Judic.*

(5) Ulpian., L. 13, ff., *de Oblig. et act.* — *Voy.* ci-dessus, page 39 et 40.

(6) Gaius, *Comm.* I, § 184.

exceptions, les femmes ne pouvaient ester en justice pour autrui (1).

Les pupilles ne pouvaient ester en justice dans les *judicia legitima*, qu'avec l'autorisation de leurs tuteurs; dans les autres instances (*judicia imperio continentia*), ils pouvaient plaider par un curateur spécial (2).

A ces incapacités, en quelque sorte générales, il faut ajouter l'incapacité spéciale qui résultait, pour les magistrats en exercice, d'un rescript de l'empereur Hadrien (3).

II. La capacité de plaider pour autrui était naturellement plus restreinte encore que celle d'ester en justice pour soi-même. Ainsi, ne pouvaient plaider pour autrui, bien qu'ils pussent ester en justice pour eux-mêmes, les gens notés d'infamie, les militaires, ceux qui étaient sur le point soit d'entrer en charge, soit de s'absenter pour un service public, les femmes, les mineurs de dix-sept ans (4).

---

(1) Diocl. et Max., L. 18, C., *de Procurat.* — Cf. Paul., *Sentent.*, I, 2, § 1 et L. 41, ff., *de Procurat.*

(2) § 3, Instit., *de Auct. tut.* — Gordian., L. 1; Diocl. et Max., L. 2, C., *Qui legitim. person.* — Modestin., L. 17, § 1, ff., *de Appell.*

(3) Paul., L. 48, ff., *de Judic.* — Valentin. et Theod., L. 25, C., *de Procurat.*

(4) Paul., *Sentent.*, I, 2, § 1, et L. 54, ff., *de Procurat.* — § 7, Instit., *Quib. ex caus. manum.* — Une constitution de Justinien défendit aux ecclésiastiques de plaider en qualité de représentants. (Novel. CXII, c. 6.)

En sens inverse, certaines personnes ne jouissaient pas du privilége de plaider par représentants ; tels étaient notamment les *infâmes*, qui ne pouvaient se faire représenter, ni représenter d'autres personnes (1).

Sous les Empereurs chrétiens il fut défendu à certaines personnes haut placées de plaider par elles-mêmes; elles devaient plaider par procureurs (2).

III. Après avoir dit quelles personnes pouvaient ester en justice, soit pour elles-mêmes, soit au nom d'autrui, il faut examiner, avec détail, comment était réglée la représentation judiciaire, l'influence qu'elle exerçait sur les formes ordinaires de la procédure, et enfin les rapports qu'elle établissait, soit entre le représentant et le représenté, soit entre chacun de ceux-ci et la partie adverse. Sous tous ces rapports, il faut bien se garder de confondre les véritables représentants, qui prenaient plus ou moins la place de la partie intéressée, avec les simples avocats ou conseils, qui se bornaient à assister les parties de leur science ou de leur éloquence, quand il s'agissait d'exposer, soit au magistrat, soit au juge, les pré-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 124. — *Voy.* ci-dessus, § 316, ce qui est dit des exceptions *cognitoriæ* et *procuratoriæ*.

(2) Valent., Theod. et Arcad., L. 25, C., *de Procurat.* — *Voy.* ci-après le § 372, où nous expliquons comment, par une règle analogue d'étiquette, *le roi, en France, plaide par procureur.*

tentions des parties : il est traité des représentants proprement dits dans le chapitre premier et des avocats ou conseils dans le chapitre second.

# CHAPITRE PREMIER.

## REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

## SECTION I.

*Représentation des parties à l'époque des Actions de la loi.*

§ 366. — Dans quels cas la représentation était permise.

En règle générale, la procédure des actions de la loi n'admettait pas la représentation judiciaire : les formes inflexibles de cette procédure se seraient, en effet, difficilement accommodées aux nécessités d'une telle substitution : « Cum olim quamdiu « legis actiones in usu fuissent, alterius nomine « agere non liceret » (1).

La règle admettait quelques exceptions : on pouvait agir *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela*, *pro*

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 82.—Ulpien confirme cette vérité, L. 123, ff., *de Regul. jur.* : « Nemo alieno nomine lege agere « potest. » — Cf. pr., Institut., *de Iis per quos agere poss.*

*peregrino* par l'action *repetundarum*, et *pro captivis et absentibus*, dans le cas particulier prévu par la loi Hostilia (1). Agissait *pro populo*, celui qui intentait une action publique ou populaire (2); *pro libertate*, celui qui revendiquait en liberté un homme libre injustement retenu en esclavage (*assertor libertatis*) (3). On ne sait pas au juste à quel cas rapporter le *pro tutela* dont parlent les Institutes : s'agissait-il du tuteur plaidant pour son pupille, ou bien, au contraire, du tuteur prétorien chargé de plaider contre le tuteur, quand celui-ci était en procès avec son pupille (4)? — Les deux autres exceptions n'exigent aucune explication.

## SECTION II.

*Représentation judiciaire sous la procédure formulaire.*

§ 367. — Des diverses espèces de représentants judiciaires.

La représentation judiciaire, si restreinte sous les *actions de la loi*, acquit de grands développe-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 82 et pr., Instit., *de Iis per quos agere poss.* — Cicero, *Div. in Cæcil.*, c. 4, 16 et 20.
(2) *Voy.* ci-dessus, page 1, note 1.
(3) *Voy.* ci-dessus, § 297.
(4) Gaius, *Comm.* I. § 184.

ments sous la procédure plus flexible des formules. On put plaider pour autrui à quatre titres différents, comme *cognitor*, *procurator*, *tutor* et *curator* (1).

On va examiner comment se constituaient les *cognitores* et les *procuratores;* quel pouvoir ils avaient sur la direction du procès et quelle influence l'emploi de ces représentants exerçait, tant sur les formules d'actions que sur les rapports résultant entre les parties intéressées, soit de la *litis contestatio*, soit de la *res judicata.* — Quant aux *tuteurs* et *curateurs*, le mode de leur nomination et leurs rapports avec ceux qu'ils sont chargés de défendre, appartiennent au *Traité des incapables*, qui est en dehors du sujet spécial de cet ouvrage.

### § 368. — I. *Des Cognitores* (2).

1. Le *cognitor* était un mandataire constitué, *en présence de l'adversaire*, au *moyen de certaines paroles solennelles*, et probablement aussi, devant le Préteur, *in jure* (3). Il n'était pas nécessaire que

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 82.

(2) *Cognitor* vient de *cognoscere* (connaître), parce qu'en effet le *cognitor* connaît (*cognoscit*) de l'affaire d'autrui : «*Cognoscendo, cognitor dictus.*» (Isidor.)

(3) Gaius ne mentionne pas formellement cette troisième condition; mais les formules de constitution qu'il rapporte semblent bien attester que les parties sont en présence du magistrat : *Quando tu a me fundum petis...* Cf. *interpretatio ad* L. 7, C. Theod., *de Cognit. et procurat.*

le *cognitor* fût présent à la constitution ; mais le mandat n'existait à son égard que du jour où il l'avait accepté. Les termes solennels usités pour la nomination du *cognitor* étaient les suivants : pour le demandeur : QUOD EGO A TE FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM COGNITOREM DO ; pour le défendeur : QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS IN EAM REM PUBLIUM MÆVIUM COGNITOREM DO (1).

II. Grâce à ce mode de constitution, le mandat du *cognitor* étant tout à la fois certain et public, ce qui était jugé avec le *cognitor* liait le représenté qui n'aurait plus été admis à renouveler, plus tard, le procès jugé avec son représentant; bien que cependant la formule, prise à la lettre, parût ne lier que le *cognitor*, et non le représenté (2).

Représentant ainsi la partie intéressée dans le sens le plus étendu, il était naturel que le *cognitor* ne fût tenu, à ce titre, à aucune caution particulière (3).

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 83, ajoute d'autres formules analogues applicables aux actions personnelles.

(2) *Voy.*, ci-après, la formule de la condamnation.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 98 : « *Procurator*, si agat, satisdare « jubetur *rem dominum ratam habiturum* ; periculum enim « est ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod pe- « riculum non intervenit, si per *cognitorem* actum sit. » — *Voy.* le paragraphe suivant, n° IV. — Le *cognitor* du défendeur ne fournissait la caution *judicatum solvi* que dans les cas où le défendeur lui-même aurait été obligé de la fournir. Cf. Gaius, *Comm.* IV, § 102.

III. L'emploi d'un *cognitor* modifiait d'une manière très-remarquable le mécanisme de la formule d'action. L'*intentio* était libellée au nom du représenté, comme si celui-ci eût dû plaider en personne; mais la condamnation était formulée au nom du représentant. — Ainsi, par exemple, si le demandeur Publius Mævius proposait pour *cognitor* Lucius Titius, la formule était ainsi rédigée : « SI PARET N. NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX N. NEGIDIUM LUCIO TITIO X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET ABSOLVE. — Si c'est le défendeur N. Negidius qui a présenté un *cognitor*, Caius Cornelius, la formule sera ainsi conçue : SI PARET N. NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX CAIUM CORNELIUM, PUBLIO MÆVIO CONDEMNA; SI NON PARET ABSOLVE. —Enfin, si demandeur et défendeur avaient également présenté chacun un *cognitor*, l'*intentio* posait en question la dette de N. Negidius envers P. Mævius; et la condamnation autorisait le juge à condamner *Caius Cornelius* (*cognitor* du défendeur) envers *Lucius Titius* (*cognitor* du demandeur) (1).

Nonobstant cette forme de condamnation, par laquelle le représentant semble si complétement substitué au représenté, il est certain que l'action

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 86 et 87. — Comme dans les actions *in rem*, le nom du défendeur ne figure pas dans l'*intentio*, il en résulte que lorsque dans ces actions le défendeur plaide par *cognitor*, son nom (celui du défendeur) ne figure dans aucune partie de la formule.

*judicati* ne se donnait ni au *cognitor* de celui qui avait obtenu la condamnation, ni contre le *cognitor* du condamné, mais bien au représenté, et contre le représenté lui-même. C'est un point dont les fragments du Vatican ne permettent pas de douter : « Cognitore interveniente, judicati actio domino « vel in dominum datur. Non alias enim cognitor « experietur, vel actioni subjicietur, quam si *in rem* « *suam* cognitor factus sit » (1). Mais on peut alors se demander quelle utilité il y avait à substituer dans la condamnation le nom du *cognitor* à celui du représenté, puisqu'il ne devait être fait ultérieurement aucune application de cette substitution.

IV. Quoique la rédaction de la condamnation au nom du *cognitor* fût une affaire de forme plutôt que de fond, cependant le contrat judiciaire une fois formé avec le *cognitor* (*lite contestata*), celui-ci devenait véritablement *dominus litis*. On ne conçoit même pas comment il aurait été possible au mandant de révoquer un tel mandataire. Quand cela devenait nécessaire, il est vraisemblable qu'il fallait avoir recours à la *translatio judicii*, dont les caractères ont été examinés dans un des livres précédents (§ 207) (2).

---

(1) Vatic. Fragm., § 317.—Cf. L. 7, C. Theod., *de Cognit.*, et Paul., L. 86, ff., *de Solut.*, où les mots *litis procurator* ont été évidemment substitués par Tribonien au mot *cognitor*.

(2) Cf. Constantin., L. 22, C., *de Procurat.*

§ 369. — II. *Procuratores :* En quoi ils différaient des *Cognitores*.

Cicéron nous apprend que, de son temps, on ne connaissait d'autres représentants judiciaires que les *cognitores :* « Alteri nemo potest litem con- « testari, nisi qui cognitor est factus » (1). Mais les conditions à remplir, pour constituer un *cognitor,* étaient gênantes, souvent impraticables : telle fut sans doute la cause qui fit admettre, à côté des *cognitores,* d'autres représentants judiciaires (*procuratores*), dont la constitution était tout à la fois plus facile et toujours possible.

I. En effet, à la différence du *cognitor,* le *procurator* pouvait être constitué sans aucune parole solennelle, hors de la présence de l'adversaire et du magistrat. On n'exigeait même pas de celui qui voulait plaider pour autrui en qualité de procureur, qu'il justifiât d'un mandat de la partie au nom de laquelle il se présentait (2). Cependant, comme nous le verrons bientôt, on ne tarda pas à établir une grande différence entre les procureurs, suivant que leur mandat était certain ou contestable.

II. Par une conséquence naturelle de l'incertitude qui régnait le plus souvent sur la réalité du mandat du *procurator,* on était arrivé, au temps de Gaius,

(1) Cicero, *Pro Cæcina*, 11 et 18. — Peut-être même au temps de l'orateur romain n'était-il pas toujours permis aux parties de se faire représenter, même par un *cognitor.* Cf. *ad Herenn.*, II, 13.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 84.

à cette règle générale que le procureur devait donner caution (*satisdare*) que le maître ratifierait (*rem ratam dominum habiturum*); caution qui n'était pas exigée du *cognitor*, à raison même du mode de sa constitution (1).

Cette caution n'était point un obstacle direct à ce que la personne pour laquelle le procureur avait agi recommençât plus tard le procès; car c'était précisément en vue de cette éventualité et du dommage qui devait en résulter pour celui qui avait plaidé contre un procureur, qu'était exigée la caution *de rato*. Mais, comme tout mandant est tenu de rendre son mandataire indemne des obligations que celui-ci a pu contracter à l'occasion du mandat; qu'ainsi, en cas de non ratification, le procureur poursuivi en vertu de la caution *de rato*, pouvait à son tour recourir contre son mandant par l'action *mandati contraria;* il ne devait jamais arriver, en pratique, que celui qui avait donné mandat à un procureur, refusât de se soumettre à la chose jugée avec ce procureur. Quand, au contraire, celui qui s'était présenté comme procureur avait agi sans mandat, comme *negotiorum gestor;* celui dont l'affaire avait été ainsi gérée pouvait à son gré recommencer le procès; sauf à l'autre partie à se faire indemniser par le procureur, ou ses fidéjusseurs, en vertu de la caution *de rato*.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 84 et 98. — La caution *de rato* n'était en général exigée que du procureur du *demandeur*.

Au surplus, pour le *procurator* comme pour le *cognitor*, la formule d'action était conçue de manière à ce que l'*intentio* fût rédigée au nom des représentés, et la condamnation au nom des représentants (1). Mais, comme, à la différence du *cognitor*, le *procurator* ne s'identifiait pas avec le représentant, la présence du nom du procureur dans la condamnation conduisait à ce résultat pratique très-important, que l'action *judicati* se donnait, non au représenté ou contre lui, mais au procureur ou contre le procureur : « Interveniente pro« curatore, judicati actio, ex edicto perpetuo, « in ipsum, non domino vel in dominum com« petit » (2).

Ainsi, en résumé, le *cognitor* s'identifiait avec le représenté, à ce point que ce qui était jugé avec le premier était réputé jugé avec le second ; au contraire, le *procurator* ne s'identifiait pas aussi complétement avec le représenté, qui n'était point lié, directement du moins (3), par la chose jugée avec son procureur. Mais, sous un autre rapport,

---

Quant au procureur du *défendeur*, alors même qu'il ne pouvait justifier d'aucun mandat (*negotiorum gestor*), il était seulement tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Cependant le représentant du défendeur pouvait être tenu de fournir la caution *de rato*, lorsque le *dominus*, au nom duquel il se présentait, pouvait avoir une action pour attaquer le jugement. (Ulpian., L. 39, § 5, 6, 7, ff., *de Procur.*)

(1) *Voy*. les formules dans le paragraphe précédent.

(2) *Vatican. Fragm.*, § 317 et 332.

(3) Car, ainsi qu'on vient de le voir dans le texte, il était

le *procurator* devenait *dominus litis* tout aussi bien que le *cognitor*, en ce sens que, par la forme donnée à la *condemnatio*, la *litis contestatio* faisait du procès du représenté l'affaire propre du représentant. Sous ce point de vue, on peut même dire que le *procurator* s'appropriait le procès plus encore que le *cognitor;* car celui-ci ne prenait le procès à son compte que pour la forme; tandis que le *procurator* devenait si bien *dominus litis* que seul il était exposé à l'action *judicati*, et que seul aussi il pouvait s'en prévaloir : tel était du moins le droit primitif qui fut bien modifié par la suite, ainsi qu'on va le montrer.

IV. Ces différences entre le *procurator* et le *cognitor* qui paraissent avoir existé dans toute leur plénitude, au temps de Gaius, ne tardèrent pas à s'affaiblir.

Dès le temps de Papinien, si nous en croyons le témoignage des fragments du Vatican, on aurait commencé à distinguer entre le procureur d'un absent (*procurator absentis*), et celui d'un présent (*procurator præsentis*). Le premier seul demeurait soumis à la nécessité de la caution *de rato*, le second en était dispensé, comme assimilé à un *cognitor* (*cognitoris loco*) (1). Cette assimilation fut,

---

lié indirectement par l'action *mandati contraria*, toutes les fois qu'il y avait eu mandat.

(1) Papinian., lib. II, *Respons.* dans les *Vatic. Fragm.*, § 331 et 333. — Bien que constitué par un mandant *présent*, il n'était point *cognitor*, si d'ailleurs il n'avait pas été

probablement étendue, par analogie, à tous les cas où le mandat ne pouvait être contesté. C'est à ce titre, sans doute, que le procureur constitué *apud acta*, ou dont la nomination avait été notifiée au défendeur par lettre du mandant, se trouva dispensé de la caution *de rato* ( *cognitoris loco* ) (1). — Cependant, chose remarquable, l'assimilation du *procurator præsentis* au véritable *cognitor* n'existait que relativement à la caution *de rato !* Quant à la caution *judicatum solvi* à fournir par le défendeur, c'était encore le *procurator* qui devait la fournir, et non le représenté ( *dominus* ); tandis que le contraire avait lieu dans le cas du *cognitor*. — On continuait aussi à considérer l'action *judicati* comme devant être donnée au *procurator*, et contre lui personnellement (2). Telle était au

---

constitué en *termes solennels* et *en présence de l'adversaire.*

(1) *Vatic. Fragm.*, §§ 317 et 333. — Paul., *Sentent.*, I, 3, § 1. — Modestin., L. 65, ff., *de Procurat.* — Ulpian., L. 5, 7. — Paul., L. 6, ff., *eod. tit.* — Diocl. et Max., L. unic., C., *de Satisdat.* — Cette caution n'était plus nécessaire, car le mandat étant certain, le défendeur contre lequel le mandant aurait voulu renouveler le procès perdu par son procureur, aurait pu aisément se défendre, soit par l'exception *doli*, soit par l'exception *rei judicatæ*. ( Ulpian., L. 11, § 7, ff., *de Except. rei judicat.*; L. 56, ff., *de Judic.*, et L. 27, ff., *de Procurat.*— Papinian., L. 66, ff., *eod. tit.*— Paul., L. 17, § 2, ff., *de Jurej.* — Paul., L. 22, et Ulpian., L. 23, ff., *de Adm. tut.*)

(2) Voy. *Vatican. Fragm.*, § 317, où il est évidemment question d'un *procurator præsentis* ou constitué *apud acta.*

moins la règle; car Papinien nous apprend que l'action *judicati* se donnait aussi quelquefois, *causa cognita*, contre celui qui avait été représenté par un procureur : c'était une action *judicati*, utile. Il est évident, au reste, qu'on devait accorder bien plus facilement encore l'exception *rei judicatæ* (1).

Quant à la caution *de rato*, elle ne fut donc plus exigée des *procuratores* que dans le cas où ils ne pouvaient justifier d'aucun mandat, parce qu'on était en droit de les considérer comme de véritables *negotiorum gestores*. Alors, en effet, cette caution n'avait rien que de juste; car celui qui vient, au nom d'autrui, troubler le repos d'un citoyen, ne peut se plaindre qu'on exige de lui une garantie que le procès auquel il provoque sera accepté par celui au nom duquel il l'intente.—On arriva même à contester au simple *negotiorum gestor* le droit d'intenter un procès au nom du demandeur (2); mais on continua à autoriser l'intervention du *negotiorum gestor*, dans l'intérêt du défendeur : on

---

(1) Papinian., lib. II, *Respons.*, dans les *Vatic. Fragm.*, § 331.

(2) Julian., L. 6, § 12; Ulpian., L. 8, pr., ff., *Negot. gest.* — Paul., L. 5, § 4, ff., *de Præsc. verb.*— Par exception, on admettait le *negotiorum gestor* à plaider comme demandeur, quand il y avait entre lui et le représenté des rapports personnels ou de copropriété. (Ulpian., L. 35, pr.; *idem*, L. 40, § 4. —Paul., L. 41, ff., *de Procurat.* — Julian., L. 6, § ult. — Ulpian., L. 8, pr. — Papin., L. 31, § 6, ff., *Negot. gest.*)

conçoit en effet que celui qui se présente pour défendre est toujours plus digne de faveur que celui qui vient soulever, sans mandat, un procès que le véritable intéressé n'eût peut être jamais songé à intenter.

§ 370. — III. Tuteurs et curateurs.

Pour les procès, comme pour les autres affaires, le tuteur (1) avait en général le choix entre deux manières de procéder : il pouvait, ou agir par lui-même en laissant de côté le pupille (ce que nous appellerions chez nous *représenter le pupille*), ou bien faire faire les actes par le pupille en personne, en l'*autorisant* (2). — Ce dernier procédé avait le grand avantage de simplifier les rapports entre le pupille, son tuteur et les tiers, puisque tout était fait alors directement par le pupille, comme par une personne capable : mais cette marche était souvent impraticable, notamment lorsque le pupille était absent ou encore *infans*. — Lors donc que le tuteur ne pouvait ou ne voulait pas faire figurer dans le procès le pupille en personne, il y avait lieu, de sa part, à *représenter* le pupille : il

(1) Pour simplifier l'exposition, on ne parle ici que des tuteurs; mais tout ce qui est dit dans ce paragraphe est également applicable aux curateurs, en tenant compte toutefois de la différence que les Romains mettaient entre l'*auctoritas tutorum* et le *consensus curatorum*.

(2) Ulpian., L. 1, §§ 2, 3, 4, et L. 2, ff., *de Administr. tut.*

faut dire maintenant les formes et les effets de cette représentation.

Les tuteurs et curateurs, plaidant pour les personnes qu'ils étaient chargés de défendre, furent naturellement assimilés à des *procuratores* plutôt qu'à des *cognitores ;* car ils ne présentaient pas la double condition qui distinguait le *cognitor,* à savoir la constitution en termes solennels et en présence de l'adversaire. En conséquence, de même que les *procuratores*, les tuteurs et curateurs étaient obligés de fournir à l'adversaire la caution *de rato*, ce qui suppose bien que la chose jugée avec eux n'était pas considérée comme liant directement les pupilles (1). — Dès le temps de Gaius, on s'était déjà relâché de la rigueur de ces principes, et on faisait quelquefois remise aux tuteurs et curateurs de l'obligation de fournir la caution *de rato* (2). Au temps d'Ulpien, on en était arrivé à considérer le pupille comme lié par la chose

(1) Le pupille aurait donc pu recommencer le procès perdu par son tuteur, sauf recours de l'adversaire contre le tuteur, en vertu de la caution *de rato.* Mais quand le tuteur avait soutenu le procès avec la diligence convenable, il trouvait dans l'action *tutelæ contraria* un moyen de se faire indemniser des condamnations auxquelles l'exposait le défaut de ratification du pupille. Ainsi donc, et toujours dans l'hypothèse d'un procès convenablement conduit par le tuteur, le défaut de ratification du pupille était peu à redouter.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 99 : « Aliquando illis satisdatio remittitur. »

jugée avec son tuteur, ce qui rendait sans objet la caution *de rato* (1). On ne trouve donc plus dans le Digeste cette caution exigée des tuteurs ou curateurs, que dans le cas où il n'était pas certain que le tuteur ou le curateur, qui se présentait pour plaider, eût réellement l'administration (2).

## SECTION III.

*Représentation judiciaire au temps de Justinien.*

§ 371 — Caractères de la représentation judiciaire sous Justinien.

On a vu dans les paragraphes précédents comment, dès le temps de Papinien et de Paul, les différences, autrefois si tranchées entre le *cognitor* et le *procurator*, tendaient déjà à s'effacer; et comment, en définitive, pourvu que le mandat fût certain, le *procurator* se trouvait, à de légères dif-

(1) Ulpian., L. 23, ff., *de Adm. tut. et curat.* : « Vulgo observatur ne tutor caveat *ratam rem pupillum habiturum* ; « QUIA REM IN JUDICIUM deducit... » — Cf. Paul., L. 22, ff., *eod. tit.* — Il en résultait cette autre conséquence que l'action *judicati* se donnait au pupille ou contre lui. (Papin., L. ult., *Si quis caut.* — Ulpian., L. 2, pr., *de Adm. tut.* — Papinian., L. 5, 6, et Scœvola, L. 7, *Quando ex fact. tut.* — Ulpian., L. 4, § 1, ff., *de Re judic.*)

(2) Ulpian., *d.* L. 23, ff., *de Admin. tut.* — Gordian., L. 13, C., *eod. tit.*

férences près, traité comme le *cognitor*. Il n'est donc pas étonnant que Justinien, suivant son système ordinaire, ait achevé de fondre en une institution unique deux institutions que le temps avait déjà si fort rapprochées. A cet égard, le seul reproche qu'on puisse faire à Tribonien, est d'avoir reproduit dans le Digeste bien des textes relatifs aux anciens *cognitores*, en se bornant à remplacer ce mot par celui de *procuratores*, ce qui a été pour les interprètes une source de difficultés, jusqu'au moment où la découverte de Gaius et des fragments du Vatican est enfin venue donner le mot d'énigmes qui paraissaient inexplicables.

La législation de Justinien sur la représentation judiciaire n'est en général que la reproduction des principes qui avaient fini par prévaloir au sujet des *procuratores*. Il faut cependant signaler ici quelques innovations dignes d'attention.

I. On a vu que la jurisprudence classique admettait sans difficulté à plaider pour autrui, celui-là même qui, ne pouvant justifier d'aucun mandat, se présentait comme simple *negotiorum gestor*. Une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose voulut que les pouvoirs de celui qui se présentait comme *procurator* fussent examinés dès le commencement du litige, et déclara nulle toute instance engagée avec un *falsus procurator* (1). C'était là, comme on voit, une grave innovation, qui sup-

(1) Grat., Valent. et Theod., L. 24, C., *de Procurat.*

primait de fait toute représentation judiciaire par *negotiorum gestor;* mais il est douteux que cette constitution doive être prise à la lettre : car si, à partir de ces Empereurs, la représentation judiciaire n'eût plus admis que de *veri procuratores,* quel sens présenteraient, dans la compilation de Justinien, les textes si nombreux où l'on distingue entre le *verus procurator* à mandat incontesté et le *procurator* dont le mandat est douteux?

II. Une autre innovation qui aurait encore plus d'importance, comme se rapprochant de notre droit moderne, se trouve indiquée dans une constitution de Zénon où il est question de l'établissement, dans les divers tribunaux, de *procureurs publics;* mais les détails relatifs à cette institution manquent complétement, et le texte même de la loi n'a été rétabli qu'avec le secours des basiliques (1).

§ 372.— Coup d'œil sur la représentation judiciaire dans le droit moderne, et notamment de la maxime : *Nul en France ne plaide par procureur, excepté le Roi.*

On a vu dans quel sens les Romains entendaient ces mots *plaider par procureur;* et comment le représentant, faisant en quelque sorte du procès d'autrui sa propre affaire, obtenait ou subissait

(1) Zeno, L. 27, C., *de Procurat.* — Cf. Cujac., *Observat.* XIII, 5.

la condamnation, en son nom personnel (§§ 268 et 269).

I. Nous n'avons point en France de représentation pareille, du moins pour les particuliers (*voy.* n° II); mais notre organisation judiciaire présente cette particularité remarquable (1), que, devant nos tribunaux civils de première instance et devant nos cours d'appel, nul particulier n'est admis à plaider en personne : tous sont tenus de se faire représenter par des procureurs officiels, institués *ad hoc* par le gouvernement.

Cette institution est fort ancienne; car il en est fait mention comme d'une chose déjà établie dans des lettres patentes du roi Philippe VI, du mois de février 1327. Il appartenait en général aux cours et tribunaux de déterminer le nombre des procureurs (2), qui finirent par être établis partout en titre d'office (3).

Les offices de procureurs tombèrent devant la loi du 29 janvier-20 mars 1791; mais le principe

(1) Ce court rapprochement entre les deux législations ne s'adresse pas aux lecteurs français, à qui il n'apprendrait rien : comme tant d'autres allusions à notre organisation judiciaire, jetées çà et là dans le cours de cet ouvrage, il a été mis pour satisfaire au désir de plusieurs amis étrangers, curieux d'apprendre quelque chose de nos institutions.

(2) Lettres de Charles V, du 16 juillet 1378; de Charles VI, du 19 novembre 1393 et du 13 novembre 1403; Ordonn. de Louis XII de 1498.

(3) Édit de mars 1586.

de la nécessité de la représentation judiciaire fut conservé: seulement aux procureurs, *en titre d'office,* la loi substitua, sous le nom nouveau d'*avoués,* des représentants officiels ayant plus exclusivement le caractère d'officiers publics. Les avoués ( et avec eux l'obligation pour les plaideurs de se faire représenter en justice ) furent à leur tour supprimés par la loi du 3 brumaire an II, puis rétablis définitivement par la loi du 27 ventôse an VIII.

On n'a point à juger ici du mérite de cette institution : au point de vue où nous nous plaçons, il suffit de faire remarquer que les Romains n'avaient rien de semblable. — Comme le *procurator* du dernier état du droit romain, notre avoué est *dominus litis,* en ce sens que les conclusions qu'il prend au nom des parties sont réputées émanées des parties elles-mêmes. Mais, d'ailleurs, l'avoué diffère essentiellement du *procurator* romain, en ce qu'il ne se rend jamais propre la cause des parties : aussi la condamnation n'est-elle jamais prononcée contre lui ni à son profit (1). — Il en diffère encore en ce qu'il agit toujours

(1) Sauf en ce qui concerne ce que nous appelons la *distraction des dépens* (Cod. de proc., art. 133), objet d'ailleurs accessoire qui n'altère nullement la vérité du principe énoncé. En autorisant l'avoué du vainqueur à requérir, en son nom personnel, condamnation contre le plaideur perdant, à raison des frais dont cet avoué a fait l'avance, la loi n'a fait qu'opérer de plein droit une *cession d'action* que la partie victorieuse n'aurait pu équitablement refuser de

avec un caractère public; tandis que le *procurator* romain était une personne purement privée (1). — Enfin, l'emploi d'un *procurator* était en général pour les Romains une simple faculté; tandis que la représentation par avoués est obligatoire pour tous les particuliers: le Roi seul en France est dispensé de la représentation par avoués, parce qu'il a des représentants judiciaires naturels dans les fonctionnaires du ministère public (procureurs du Roi) (2).

consentir au profit de son mandataire. Cette distraction des dépens au profit de l'avoué peut encore s'expliquer comme une application du principe général qui accorde privilége à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose. (Cod. civ., art. 2102, 3°.)

(1) On ne peut, en effet, faire entrer en ligne de compte les *procureurs publics* dont il est question dans la constitution de l'empereur Zénon. (*Voy.* la fin du paragraphe précédent.)

(2) Rien n'empêche, au surplus, le Roi d'employer dans ses procès le ministère soit d'un avoué, soit d'un avocat. Lors de la discussion, au conseil d'État, de l'art. 69 du Cod. de procéd., on fit observer qu'il pourrait arriver que le souverain désirât être défendu par un avocat; le rapporteur répondit que l'art. 69, 4°, ne concernait que l'assignation. — D'après la loi du 8 novembre 1814, les actions judiciaires du chef de l'État sont exercées *par* et *contre un intendant*, commis par le ministre de la maison du roi: c'est à cet intendant que les assignations sont signifiées en la personne des procureurs du roi. — D'après la loi du 2 mars 1832, le *domaine privé* et la *dotation de la couronne* sont représentés par des intendants particuliers. Les actions judiciaires sont suivies contre les intendants ou à leur requête, comme elles le seraient s'il s'agissait de sim-

II. En présence d'un tel état de choses on se demande naturellement quel peut être le sens de cette maxime : NUL EN FRANCE NE PEUT PLAIDER PAR PROCUREUR, EXCEPTÉ LE ROI; maxime si souvent proclamée au palais, et dont les praticiens ont voulu tirer de si étranges conséquences.

Prise à la lettre, elle serait précisément le contre-pied de la vérité, puisqu'il est certain, au rebours de la maxime, que *nul en France ne peut plaider sans procureur, c'est-à-dire sans avoué;* que le Roi seul n'est pas tenu d'employer le ministère de ces officiers publics, parce qu'il a pour représentants les fonctionnaires du ministère public.

Quelques praticiens avaient cru pouvoir tirer de la maxime cette conséquence que nul acte judiciaire ne peut être libellé au nom d'un mandataire; qu'il faut toujours que le nom de la partie intéressée figure sur le premier plan. Ils regardaient donc comme nulle une assignation ainsi conçue : *A la requête de Mævius agissant comme procureur de Titius;* suivant eux, il aurait fallu dire : *A la requête de Titius, poursuite de Mævius son mandataire.* Un tel non-sens ne mérite pas une réfutation : nous ne vivons plus sous la procédure des actions de la loi pour que la validité d'actes sérieux puisse dé-

---

ples particuliers; ils *doivent* constituer avoué. — Plusieurs arrêts ont décidé que le ministère des avoués était en général *facultatif* pour l'*État*. (Bourges, 7 février 1828; Poitiers, 5 février 1829; Colmar, 12 mars 1831; Nancy, 28 mars 1831.)

pendre d'un certain arrangement des mots, quand d'ailleurs le sens est le même. Il est au reste par trop incontestable que nous pouvons confier nos procès, comme nos autres affaires, à des mandataires privés; sauf à ceux-ci à employer le ministère des avoués comme nous le ferions nous-mêmes (1).

Le prince des jurisconsultes modernes entendait la maxime en ce sens que, en France, nul ne peut, *sans justifier d'un mandat exprès*, intenter une action au nom d'autrui (2). Mais cette proposition, dont la vérité est certaine, ne donne un sens qu'à la moitié de la maxime; elle n'explique nullement l'exception faite au profit du Roi.

La maxime, prise dans son ensemble, nous paraît pouvoir être expliquée comme un souvenir de droit romain combiné avec une règle d'étiquette monarchique.—On se souvient que l'ancien *procurator* romain prenait tellement la place du représenté que la *condamnation* était prononcée au profit ou contre le procureur *personnellement;* on se souvient aussi que cette règle avait fini par être remplacée par la règle contraire : supprimée directement pour les procureurs à mandat certain, elle le fut indirectement pour tous les autres procureurs, par suite du

---

(1) Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, page 129.

(2) Merlin, *Questions de droit*, v° *prescription*, § 5.— Il indique un second sens qui rentre dans celui que nous avons critiqué plus haut, comme n'ayant pu tomber que dans la tête de quelques praticiens.

principe nouveau qui ne permit plus qu'une action pût être intentée par *negotiorum gestor*. On était ainsi arrivé à ce principe que la *condamnation doit toujours être prononcée au profit ou contre la partie intéressée, jamais contre son procureur*, principe qui, comme tant d'autres, survécut dans les provinces d'Occident à la chute de la puissance romaine. — Voici maintenant, selon toute vraisemblance, comment fut introduite l'exception en faveur de la personne royale. Les jurisconsultes, soutiens constants de l'autorité royale contre le pouvoir féodal, ayant fait prévaloir la règle que *toutes les justices émanaient du roi*, il eût été tout à la fois peu rationnel et contraire aux bienséances monarchiques que des juges, rendant la justice au nom du Roi, condamnassent le Roi lui-même. On fut ainsi conduit à écarter toujours du débat la personne royale, de façon à ce que la condamnation ne fût jamais prononcée contre la personne même du Roi, mais bien contre celle d'un procureur (1). Telles sont, à notre avis, l'origine et l'explication historique d'une maxime qui serait plus claire si on la traduisait ainsi : *Chacun, en France, doit être condamné en personne, excepté le Roi, qui ne peut être condamné*

(1) Des raisons d'étiquette analogues avaient porté le roi Henri II à demander au parlement de Paris que la reine pût, comme le roi, plaider par procureur. (1er juin 1549.) — C'est aussi le cas de rappeler que Justinien voulait que les personnes d'un rang élevé ne pussent plaider que par procureurs.

*qu'en la personne de son procureur.* Entendue ainsi, la maxime a reçu une autorité et une extension nouvelles des constitutions modernes qui, à côté d'un Roi inviolable et irresponsable, ont établi des ministres responsables.

Notre Code de procédure contient une application du principe dans le n° 4 de l'article 69.

---

# CHAPITRE DEUXIÈME.

## DES AVOCATS.

### § 373. — Des avocats au temps de la République.

I. Sous une forme de gouvernement et avec une organisation judiciaire qui appelaient tous les citoyens à prendre part à la confection et à l'application des lois, la science du droit et l'art oratoire étaient des conditions indispensables à quiconque voulait jouer un rôle dans la vie publique. L'absence de toute institution analogue à notre ministère public fournissait aussi fréquemment aux hommes du barreau l'honneur périlleux de montrer le plus noble caractère, en prenant en main la cause des opprimés contre de puissants oppresseurs. Soit qu'il accuse Verrès au nom de la Sicile entière, soit qu'il défende le roi Déjotarus contre une accusation dans laquelle l'accusé joue son

royaume et sa vie, Cicéron nous donne des preuves immortelles du degré d'importance que devaient acquérir les hommes auxquels étaient confiés de si grands intérêts. Aussi, tant que le gouvernement de Rome conserva sa forme républicaine, les fonctions d'avocat ne constituèrent pas une profession particulière; elles étaient exercées par les hommes les plus distingués, comme moyen d'acquérir de la considération, de l'influence, et d'arriver ainsi, par l'éclat du talent, aux premières dignités de l'État (1).

II. Dans les procès civils, les avocats étaient souvent appelés (*advocati*) devant le magistrat (*in jure*), soit pour y aider les parties de leurs conseils sur les points de droit si délicats que soulevait fréquemment la question de savoir quelle action devait être accordée au demandeur, ou quelle exception devait protéger le plus efficacement le défendeur; soit pour y développer, dans un débat oral, les conclusions des parties (*postulare*) (2).

---

(1) *Voy.* ce qui a été dit au § 54, tome 1er, page 126, et tome II, page 1, note 1.

(2) L'assistance d'un conseil versé dans la connaissance du droit était surtout nécessaire pour la procédure des actions de la loi. (*Voy.* § 137). Dans son plaidoyer pour Murena, cité au § 149, Cicéron a fait du rôle du jurisconsulte une caricature fort spirituelle; mais il ne faut pas oublier que l'orateur avait intérêt à tourner en ridicule des formes de procédure que son client n'avait point observées. Dans d'autres passages, et notamment dans ceux qui ont été rapportés ou cités au § 200, tome 1er page 469, Cicéron parle en termes bien différents des questions qui s'agitaient *in jure*.

Ils allaient ensuite plaider devant le juge (*in judicio*) les questions, principalement de fait, à la vérification desquelles la formule avait subordonné la condamnation ou l'absolution du défendeur (*orare in judicio*). Ces deux parties des fonctions d'avocat pouvaient évidemment être remplies par la même personne: mais naturellement on devait appeler *in jure* ceux qui étaient connus pour être plus jurisconsultes qu'orateurs, et, au contraire, faire plaider *in judicio* ceux qui étaient plus orateurs que jurisconsultes : les premiers portaient plus spécialement le nom d'*avocats*, les seconds celui d'*orateurs* (1).

III. Devant le magistrat, comme devant le juge, les avocats étaient les conseils et les interprètes des parties, mais non leurs représentants ou procureurs : caractère qui s'est conservé jusqu'à ce jour.

IV. Tout citoyen avait évidemment le droit, sinon le talent, de remplir un rôle qui n'était qu'un simple office d'amitié ou de patronage. L'Édit prétorien avait toutefois interdit la postulation pour autrui à certaines personnes, les femmes, les mineurs, les infâmes (2). Quant à ceux qui ne pouvaient postuler pour eux-mêmes, le ma-

---

(1) Pseudo-Asconius, *in Ciceron. divin.*, 4 : « Aut *patronus* dicitur, si orator est, aut *advocatus*, si aut jus suggerit aut præsentiam suam accommodat amico. » — Cicero, *pro Cluentio*, 40; *de Orat.*, I, 37; *de Inventione*, I, 20. — Cf. Aurel. Vict., *Ars rhet.*, 25.

(2) *Voy.* au Digeste le titre *de Postulando*.

gistrat leur désignait un avocat (1). Dans la suite il en fut aussi accordé à tous ceux qui n'en avaient pas pu trouver (2).

V. Dans les premiers siècles, la science du droit étant un monopole pour les familles patriciennes (3), les fonctions d'avocat ne pouvaient guère être exercées que par de riches patriciens qui trouvaient dans une clientèle nombreuse et dévouée la seule récompense qu'ils pussent désirer pour leur travail. A cette époque donc, toute idée de salaire aurait paru incompatible avec les devoirs de bons offices réciproques qui unissaient le patron à ses clients. Plus tard, les nobles abusèrent de la nécessité où se trouvaient les plébéiens de recourir à leur ministère, pour commettre, envers leurs clients, d'odieuses exactions. Telle fut, d'après l'ensemble des documents historiques, l'occasion de la loi Cincia, plébiscite de l'an de Rome 550, qui défendit aux patrons de recevoir aucun présent de leurs clients : « Quid legem Cinciam excitavit (disait Caton) nisi quia vectigalis

(1-2) Ulpian., L. 1, § 4, ff. *de Postulando*, et L. 9, § 5, ff., *de Offic. procons.*

(3) *Voy.* ci-dessus, § 41.—Ceci n'est point en contradiction avec ce qui est dit au commencement de ce paragraphe que la science du droit était indispensable à tous les citoyens. En effet, dans les premiers siècles, la véritable nation romaine se composait des patriciens (*populus*); les plébéiens (*plebs*) ne devinrent véritablement citoyens dans toute l'étendue de ce mot que vers le milieu du v[e] siècle, U. C.

« jam et stipendiaria plebs esse senatui cœpe-« rat » (1). Comme toutes les lois qui ont la prétention d'imposer aux hommes des vertus d'un autre âge, la loi Cincia fut presque constamment éludée, ainsi que le prouvent les nombreuses ordonnances qui furent rendues par la suite pour en maintenir l'exécution (2).

Les choses changèrent dès le commencement de l'empire.

§ 374. — Des avocats sous les empereurs (3).

I. La consultation et la plaidoirie furent sans doute encore exercées par des citoyens du premier rang, comme moyen de considération et comme préparation aux fonctions publiques ; mais elles tendirent chaque jour davantage à devenir une véritable profession dans laquelle il n'était plus défendu de chercher d'honorables moyens d'existence.

Le changement de la forme politique dut naturellement nuire beaucoup au développement de l'éloquence judiciaire, et diminuer l'importance des *orateurs* proprement dits; mais la science du

---

(1) Tacite, *Annal.*, XI, 5; XV, 20. — Tit. Liv. XXIV, 4, et XXXIX, 12 et 20. — Cicero, *de Orat.*, II, 71.

(2) *Voy.* le paragraphe suivant, n. V.

(3) Ils furent appelés à peu près indifféremment *advocati*, *patroni*, *causidici*, *togati*; on joignait souvent à leurs noms l'épithète honorifique de *disertissimi*.

droit et la position des jurisconsultes acquirent pendant les deux premiers siècles de l'empire, un éclat inouï que justifiait d'ailleurs l'incontestable supériorité des jurisconsultes de cette époque. (§ 54.)

Les décisions des jurisconsultes n'eurent cependant d'autre autorité que celle qu'elles tiraient de la réputation de leurs auteurs. Ce qui est dit dans Pomponius des jurisconsultes auxquels Auguste aurait conféré le pouvoir de donner, sur les questions de droit, des réponses officielles qui, lorsqu'elles étaient rendues à l'unanimité, avaient pour effet de lier les juges, doit évidemment s'entendre non des jurisconsultes en général, mais de quelques jurisconsultes choisis par l'Empereur et qui constituaient un comité consultatif, donnant ses avis avec un caractère public (1).

Quant aux avocats qui restaient hommes privés, il ne paraît pas que, jusqu'aux Empereurs chrétiens, le nombre en ait été limité. Rien n'indique non plus qu'ils fussent obligés de s'attacher à un tribunal déterminé, ni de justifier de certaines études. La profession d'avocat était donc restée libre de toute entrave.

II. Sous les empereurs chrétiens, on commence à trouver un *nombre limité* d'avocats attachés à chaque tribunal supérieur, même à celui de l'Em-

---

(1) Pompon., L. 1, § 47, *de Origine juris;* et § 8, *Instit. de Jure nat.*—Cf. *Thémis*, II, 17, et VII, 62.

pereur (1). Ces avocats étaient inscrits (*statuti*) sur un tableau (*matricula*). Il y avait aussi des surnuméraires ou stagiaires (*supernumerarii*) qui n'étaient pas inscrits au tableau, et qui n'y prenaient place qu'au fur et à mesure des vacances (2). — Constantin supprima la limitation du nombre et l'obligation pour les avocats de s'attacher exclusivement à un tribunal déterminé (3); mais ce ne fut là qu'un état transitoire, et on en revint bientôt à l'établissement, auprès de chaque tribunal, d'un nombre limité d'avocats.

Le nombre des avocats était de 150 pour le préfet du Prétoire, de 80 pour le préfet de la ville, de 50 pour le préfet *Augustalis*, de 40 pour le *comes orientis*, et de 30 pour le président de province (4).

III. D'après une constitution de l'Empereur Léon, on ne pouvait être admis parmi les avocats du Préfet du prétoire qu'en justifiant de certaines condi-

---

(1) Constantin., L. 1 et 2, C. Theod., *de Postulando*.

(2) Leo, L. 2, §§ 1 et 2; Leo et Anthem., L. 13, C., *de Advoc. divers. judicior.* — Le surnuméraire, fils de l'avocat décédé, était admis de préférence à l'étranger: Anastas., L. 3, § 5, et L. 5, § 5, C., *de Adv. div. judicum*.

(3) Constantin., L. 1, C. Theod., *de Postul.*

(4) Anastas., L. 3 et L. 5, pr.; Justin., L. 7, C., *de Adv. divers. judicum*. — Theod. et Valent., L. 8; Valent. et Mart., L. 11; Leo et Anthem., L. 13; Zeno, L. 17, C., *de Adv. div. judiciorum*. — Au surplus, il n'est pas démontré que les avocats inscrits eussent seuls le droit de plaider devant les tribunaux auxquels ils étaient attachés.

tions de capacité et en prouvant qu'on ne faisait pas partie de l'*officium* du Recteur de la province (1).

Ne pouvaient entrer dans les colléges d'avocats ceux qui, d'après les principes de l'édit prétorien, étaient incapables de postuler. Dans le droit nouveau, on exige en outre que l'avocat soit exempt de la *vita cohortalis*, qu'il n'ait pas exercé un métier inférieur, et enfin qu'il professe la religion catholique (2).

La nomination des avocats appartenait au magistrat qui avait en outre, sur eux, un pouvoir de surveillance et de discipline assez étendu, puisqu'il pouvait aller jusqu'à prononcer l'interdiction à temps ou à toujours (3). Mais les magistrats considéraient comme un devoir rigoureux d'écouter avec patience les avocats et de s'abstenir, pendant les plaidoiries, de ces signes d'impatience ou d'improbation qui, alors même qu'ils ne jettent pas le trouble dans les idées de celui qui parle, compromettent la dignité du magistrat lui-même, en faisant douter de son attention ou de son impartialité (4).

---

(1) Leo, L. 11, C., *de Adv. div. judiciorum.*

(2) Leo, L. 11, § 1; Zeno, L. 17, C., *de Adv. div. judiciorum.* — Leo et Authem., L. 8, C. *de Postulando.*

(3) Ulpian., L. 9, pr., ff., *de Pœnis.*

(4) Ulpian., L. 9, § 2, ff. *de Officio proconsul.*: « Circa « advocatos patientem esse Proconsulem oportet... » — Callistrat., L. 19, § 1, *de Offic. præsid.* : — « Sed et in co« gnoscendo neque excandescere quos malos putat, neque

IV. Il ne paraît pas que les parties présentes fussent obligées d'employer le ministère des avocats. On ne doit pas considérer comme contraire à cette proposition une constitution de Gratien, qui prescrit aux magistrats de veiller à ce que les parties soient défendues par des avocats d'un talent égal, et qui défend aux avocats de refuser les défenses qui leur seraient ainsi confiées d'office (1).

Sous les Empereurs chrétiens, non plus qu'auparavant, les avocats ne représentaient pas les parties. Cependant les demandes ou aveux faits par l'avocat, en présence de son client, étaient réputés émaner de la partie elle-même, à moins qu'elle ne les désavouât immédiatement (2).

V. Un sénatus-consulte rendu sous Auguste avait confirmé la loi Cincia en accordant contre l'avocat qui recevrait quelque chose d'un client une action en restitution au quadruple (3). — Sous l'empereur Claude, on se borna à défendre aux avocats de recevoir des honoraires de plus de 10,000 sesterces, sous la même peine de restitution au quadruple pour l'excédant (4). Après de

---

«precibus calamitosorum inlacrymari opportet; id enim «non est constantis et recti judicis cujus animi motum «vultus detegit; et summatim ita jus reddi debet, ut auc«toritatem dignitatis ingenio suo augeat.»

(1) Gratian., L. 7, C., *de Postulando.*

(2) Alexand., L. 1; Diocl. et Max., L. 3, C., *de Error. advocat.*

(3) Tacit., *Annal.* XIII, 42.—Dio Cass., LIV, 18.

(4) Tacit., *Annal.* XI, 5-8.

vains efforts pour faire exécuter la loi Cincia dans toute sa rigueur, Trajan, Sévère et Caracalla en revinrent au tarif de Claude (1). Le sénatus-consulte rendu sous Trajan obligeait les parties à affirmer sous serment qu'elles n'avaient rien donné ni rien promis d'avance à leurs défenseurs (2).

Dans la suite, non-seulement on permit aux avocats de recevoir des honoraires, mais encore Alexandre Sevère les autorisa à en poursuivre le payement *extra ordinem*. Ces honoraires ne pouvaient, en aucun cas, excéder cent écus d'or, et même au-dessous de ce chiffre ils pouvaient être réduits par le juge (3).

Au surplus, certains modes de rétribution furent, dans tous les temps, considérés comme incompatibles avec la dignité et l'honneur de l'avocat. Ainsi les avocats ne pouvaient prendre le procès à leurs risques moyennant un prix ( *redimere litem* ) (4), ni se faire promettre une part dans les bénéfices en cas de gain du procès (*quota litis*) (5).

La plupart de ces règles sont encore suivies par le barreau français.

---

(1) Ulpian., L. 1, §§ 10 et 12, ff., *de Extraord. cognit.*

(2) Plin., *Epist.*, V, 21.

(3) Ulpian., L. 1, §§ 10, 11, 12 et 13, ff., *de Extraord. cognit.* — Paul., L. 38, § 1, ff., *Locati.* — Ulpian., L. 19, § 1, ff., *de Donat.*

(4) Quinct. XIII, 7. — Ulpian., L. 9, § 2, ff., *de Off. proconsul.*

(5) Ulpian., L. 53, ff., *de Pactis.* — Cf. Constantin., L. 1, C. Théod., *de Postulando*, et au même Code le titre de *Concuss. advocat.* (VIII, 10.)

# LIVRE CINQUIÈME.

## DES VOIES DE DROIT CONTRE LES DÉCISIONS JUDICIAIRES.

§ 375. — Notions préliminaires. — Coup d'œil d'ensemble sur le sujet en droit français et en droit romain. — De la maxime : *les voies de nullité ne sont pas admises en France.*

Cette partie du droit romain passe pour être l'une des plus obscures (1). Pour en faciliter l'intelligence, il convient de se créer d'abord quelques termes de comparaison, en rappelant brièvement l'économie du droit français en cette matière.

I. Nos voies contre les jugements ont été rangées par le législateur lui-même en deux classes distinctes, les voies *ordinaires* et les voies *extraordinaires* (2).

La voie ordinaire est celle par laquelle nous pouvons attaquer une sentence, sans avoir besoin d'articuler contre elle aucun vice particulier soit de forme, soit de fond : c'est, en d'autres termes,

(1) Le sujet a été déjà bien éclairci, dans ces derniers temps, par Zimmern (ouvrage cité, § 167-177) et par Bethmann-Hollweg. (§ 32-35, page 347-380.)

(2) *Voy.* la rubrique du livre IV de la *première partie* de notre Code de procédure.

le droit d'exiger *péremptoirement* un nouvel examen de toutes les questions de fait et de droit déjà précédemment jugées, sans avoir à alléguer aucun reproche particulier, sinon que la décision que nous attaquons préjudicie à nos intérêts. Telles sont l'*opposition*, droit de faire examiner à nouveau ce qui a été jugé par défaut (*in vocatum, non præsentem*) (1), et l'*appel*, droit de faire examiner par le juge supérieur ce qui a été déjà jugé, en premier ressort, par le juge inférieur (2).

Les voies extraordinaires sont ainsi appelées, parce qu'elles ne sont ouvertes qu'autant que la sentence (inattaquable d'ailleurs par opposition ou par appel) est entachée de quelque vice auquel le législateur a reconnu *a priori* l'effet de rendre la sentence nulle ou rescindable: telles sont la *requête civile* et le *recours en cassation* (3). — La re-

(1) Code de proc., art. 149-165.

(2) Code de proc., art. 443-473.

(3) Notre Code met aussi parmi les voies extraordinaires la *prise à partie* (C. proc., art. 505-516) et la *tierce opposition* (C. proc. 474-479).

I. La *prise à partie* est une voie pour attaquer le juge et non le jugement : elle oblige le juge prévaricateur à indemniser, mais elle laisse subsister le jugement.

II. Quant à la *tierce opposition*, d'après l'article 474, c'est une voie ouverte contre les jugements qui nous causent préjudice et dans lesquels nous n'avons été ni parties, ni représentés. Mais cela soulève plusieurs questions fort graves. — Et d'abord, comment un jugement dans lequel nous n'avons pas été parties pourrait-il nous causer préjudice, puisque, aux termes de l'article 1351 du C. civ., la

quête civile n'est en effet admissible que dans un petit nombre de cas limitativement énumérés dans les articles 480 et 481 du Code de procédure; elle ne peut être formée que dans un délai de trois mois, dont le point de départ varie suivant les circonstances. — La cassation ne peut avoir lieu que pour *incompétence* du juge, inobservation des

---

chose jugée ne peut nuire ni profiter aux tiers? (*Voy.* aussi, ci-dessus, page 313.) — En second lieu, si le principe de l'art. 1351 suffit pour nous garantir de tout préjudice résultant d'une sentence dans laquelle nous n'avons pas été parties, pourquoi les rédacteurs du Code ont-ils imaginé une procédure et une compétence spéciales pour une hypothèse qui aurait dû être laissée sous l'empire de la procédure et de la compétence ordinaires?

Ces questions ont été diversement résolues. — Merlin pense que celui auquel on oppose un jugement dans lequel il n'a pas été partie n'est jamais tenu de l'attaquer par tierce opposition; qu'il lui suffit d'invoquer, en la forme ordinaire, le principe de l'art. 1351, comme il invoquerait, au cours des plaidoiries, tout autre moyen de droit: la tierce opposition serait donc une voie purement facultative. (*Répert.*, v° *Tierce opposition.*) — Proudhon considère au contraire la tierce opposition comme une procédure nécessaire à quiconque veut se prévaloir du principe de l'article 1351. (*Traité de l'usufruit*, tome V, numéros 1267 et suiv.) — Boitard, dans ses remarquables leçons de procédure, trop tôt interrompues par la mort, adopte un parti mitoyen qui semble fort raisonnable et qui a l'avantage de donner une véritable utilité à la procédure de tierce opposition. (*Leçons de procédure*, tome II, page 307-330.) — Ce n'est pas ici le lieu d'examiner ces divers systèmes.

formes constitutives des jugements, violation de la chose jugée ou violation de la loi. A vrai dire, ce dernier chef les comprend tous; car les jugements rendus par un juge incompétent, ou dans lesquels on n'a point observé les formes légales, ou qui sont contraires à la chose jugée, violent les lois de compétence, de procédure, ou le principe de l'art. 1351.

Sous un autre point de vue, on peut distinguer les voies contre les jugements suivant qu'elles tendent à faire substituer immédiatement une décision nouvelle à la décision attaquée, telles sont l'opposition et l'appel; ou qu'elles autorisent seulement le juge à annuler le jugement attaqué; sauf aux parties à faire valoir à nouveau leurs prétentions devant qui de droit: c'est ce qui arrive dans la cassation et la requête civile (1).

Enfin, sous un troisième rapport, qui tient plus à la forme qu'au fond, on peut encore distinguer, parmi les voies contre les jugements, celles qui se portent devant le juge même qui a rendu la décision attaquée (telles sont l'opposition et la requête civile) de celles qui (comme l'appel et le recours en cassation) se portent devant un juge supérieur (2).

---

(1) Pour la cassation, *voy*. loi du 27 novembre 1790, art. 3, et constitution du 22 frimaire an VIII, art. 66.

(2) La tierce opposition *principale* se porte devant le juge qui a rendu le jugement. La tierce opposition *incidente* peut être jugée par le tribunal devant lequel l'incident s'élève, pourvu qu'il soit supérieur ou tout au moins égal à celui qui a rendu la décision attaquée.

Terminons cette esquisse rapide en mettant en relief un principe qui, en droit français, domine toute cette matière, et qui est d'autant plus intéressant à signaler qu'il est le contre-pied de celui qui était admis en droit romain. Notre droit n'admet pas de jugements *nuls de plein droit.* Par cela seul qu'un acte est révêtu des caractères extérieurs d'une décision judiciaire, quelle que puisse être d'ailleurs l'évidence des causes de nullité qui le vicient, il faut que cet acte soit attaqué par les *voies légales;* et ces voies ne sont ouvertes que pendant certains délais très-courts, passés lesquels la sentence la plus vicieuse en la forme ou au fond aura la même autorité que le jugement le plus régulier et le plus juste. On n'est donc jamais admis chez nous à demander la nullité d'un jugement, soit par voie d'action principale, soit par voie d'exception, comme on pourrait le faire à l'égard d'un acte ordinaire : il faut absolument avoir recours à l'opposition, à l'appel, à la requête civile ou à la cassation. Tel est le sens pratique de cette vieille maxime, encore en pleine vigueur en ce qui concerne les jugements : *les voies de nullité ne sont pas admises en France* (1). — Il n'y a que deux ex-

(1) Automne, sur le titre du Code *Quando provocare non est necesse*, signalait déjà cette différence entre le droit français et le droit romain : « Rubricam hanc ab usu forensi Gallorum longe recessisse, quia necessaria est appellatio etiam in casibus, in quibus sententia est ipso jure nulla. » — *Voy.* arrêt de cassation du 7 octobre 1812

ceptions à cette règle. La première concerne les sentences *arbitrales* dans les cas de nullité prévus par l'article 1028 du Code de procédure. La seconde est relative à la nullité résultant de ce qu'un jugement ou arrêt aurait été rendu contre une partie représentée par un avoué qui n'avait pas mandat d'occuper pour elle; ou sur des aveux ou consentements qu'elle n'avait pas chargé son avoué de faire. (C. pr. 352-362.)

II. Le droit romain en cette matière présente une physionomie tout à fait différente de celle du droit français.

La voie de nullité, qui n'est admise chez nous que dans deux cas exceptionnels, l'était à Rome d'une manière générale, soit que la nullité résultât de l'incompétence du juge ou de l'inobservation des formes constitutives des jugements, soit même qu'elle provînt de la violation des lois ou principes de droit évidents : ce qui embrasse tous nos cas de cassation et la plupart de ceux de requête civile.

Ce n'est pas tout. A côté des voies de nullité, se trouvait la voie de rescision (*restitutio in integrum*), en vertu de laquelle une sentence, d'ailleurs très-valable, pouvait être considérée comme non avenue pour les mêmes causes que nous avons vu employer contre les actes ordinaires. (*Voy.* § 353-359.)

---

et le plaidoyer de Merlin, sur lequel fut rendu un autre arrêt du 13 floréal an XIII. (V° *Appel*, sect. 1, § 5.)

Par suite des applications si nombreuses des voies de nullité et de la restitution en entier, l'appel était naturellement d'un usage bien plus restreint que chez nous. Cela n'a rien qui puisse étonner, quand on se rappelle que, pendant tout le temps de la république, l'appel fut une voie tout à fait extraordinaire, qui d'ailleurs ne produisait que des effets purement négatifs. (*Voy.* le § 376.)

Par ce qui a été dit précédemment sur la manière dont s'engageaient les instances (§§ 191 et suiv., 243 et suiv.) et sur la procédure contre les contumaces (§§ 222 et suiv.), on s'aperçoit aisément que les Romains ne pouvaient rien avoir qui ressemblât à nos jugements par défaut, ni par conséquent à la voie de droit particulière à ce genre de jugements, l'opposition.

III. Quelques auteurs ont appliqué aux voies de droit en usage chez les Romains notre division des voies *ordinaires* et *extraordinaires* : ils mettent dans les voies ordinaires l'*appel* et la *supplication au prince;* dans la seconde, ils placent les *voies de nullité*, la *restitution en entier* et la *revocatio in duplum*. Mais ce classement n'est exact que pour le temps de l'empire.

Après ce coup d'œil d'ensemble, il faut examiner séparément chacune des voies de droit usitées chez les Romains. Bien que l'appel proprement dit ne se soit développé et n'ait acquis ses véritables caractères que sous les Empereurs, on croit devoir en parler d'abord, de préférence à des voies plus

anciennes, mais qui n'offrent pas l'occasion d'un égal développement scientifique.

---

## I. *APPEL.*

### § 376. — Des Caractères et des formes de l'appel, sous la République.

I. En exposant les caractères généraux du pouvoir judiciaire, on a déjà eu occasion de faire remarquer que, sous la république, il n'y avait aucune hiérarchie entre les diverses autorités préposées à l'administration de la justice (§ 21). Il en résulte que pendant toute cette première époque, il ne pouvait y avoir d'appel proprement dit dans le sens que les modernes attachent à ce mot, c'est-à-dire comme droit de faire juger de nouveau, par le tribunal supérieur, la chose déjà précédemment jugée par le tribunal inférieur (1).

Mais il existait dans la constitution républicaine un principe fort remarquable qui permettait à tout magistrat du peuple romain, mais surtout aux Tribuns du peuple, de suspendre par un VETO les décisions émanées d'un autre magistrat égal et à plus forte raison d'un magistrat inférieur (2). Ce droit

---

(1) On ne parle ici que des matières civiles; car, en matière criminelle, il y avait eu dès l'origine l'*appel au peuple* (*ad populum provocatio*).

(2) On a expliqué, au § 21, comment il y avait des magistrats *supérieurs* et *inférieurs*, sans qu'il y eût pour cela subordination et hiérarchie. Quant au *veto* des Tribuns, il en a été question au § 46, tome 1er, page 104.

de *veto* n'était pas renfermé dans le cercle des actes politiques, il pouvait s'exercer en toutes sortes d'affaires, et notamment dans les affaires judiciaires, soit pour empêcher l'instance ouverte par une formule préjudiciable au droit de l'une des parties (1), soit même, après l'instance terminée, pour empêcher l'exécution de la sentence rendue par le *judex* (2).

Celui donc qui croyait avoir à se plaindre soit de la formule délivrée par le Préteur, soit de la sentence rendue par le juge, pouvait s'adresser aux Tribuns ou à tous les autres magistrats égaux au Préteur par le rang et la dignité, et les solliciter d'interposer leur *veto* (*eos appellare*).

II. Ce *veto* n'était en général accordé qu'après un mur examen, fait devant les Tribuns réunis en collége, et dans lequel on entendait contradictoirement les parties et leurs avocats (3). Quand la formule ou la sentence était reconnue irrégulière ou contraire au droit, les Tribuns, après en avoir délibéré en commun, décrétaient qu'il y

---

(1) Cicero, *pro Tullio*, 38; *pro Quinctio*, 20; *Academ. quæst.* II, 30. — Cf. Aul. Gell., *Noct. attic.*, IV, 14, VII, 19, XIII, 12; Valer. Max., VI, 1, § 7, VI, 5, § 4.

(2) Cicero, *pro Cluentio*, 27.

(3) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIII, 12 : «Quum muliere «quadam tribuni plebis adversus eum (*Labéon*) aditi, Gel«lianum ad eum misissent, ut veniret et mulieri responde«ret.» — Tit. Liv., XXXVII, 60 : «..... Tribuni cum in con«silium secessissent...»

avait lieu d'apposer leur *veto* (1). — Cette instruction et cette délibération en commun n'étaient au surplus, pour les Tribuns, qu'un moyen de s'éclairer; car chacun d'eux avait individuellement le droit d'émettre un *veto* (2).

III. Dans les provinces, comme il n'y avait qu'un seul magistrat supérieur, le Proconsul ou le Propréteur, il est évident qu'il ne pouvait y avoir d'*intercessio*, ni par conséquent d'appel contre les décisions de ce magistrat (3). Mais il était naturel qu'on pût invoquer l'intercession du gouverneur de la province, contre les décisions des magistrats inférieurs, et notamment des magistrats municipaux (4).

(1) Pompon., L. 2, § 34, ff., *de Origine juris*.— Aul. Gell., *Noct. attic.*, VII, 19 : «Scipio Africanus, fratris nomine, «ad collegium Tribunorum provocabat.» «... Octo Tribuni «causa cognita decreverunt....» Cf. Tit. Liv., VII, 58. — Val. Max., VI, 1, § 7 : «..... tribunitium auxilium implo«rante, totum collegium Tribunorum negavit se interce«dere...,.»

(2) On peut citer pour preuve et pour exemple T. Gracchus apposant son *veto* malgré l'avis contraire de ses huit collègues. (Aul. Gell., VII, 19. — Tit. Liv., XXXVIII, 60.)

(3) Ascon., *in Cicer. Verr.*, II, 12, fournit un témoignage positif de cette proposition qui résulte d'ailleurs suffisamment de la nature du *veto* et de l'organisation des provinces : «In provincia scilicet (dit-il à l'occasion du passage où Cicéron représente les magistrats qui donnent les actions comme souverains maîtres de la fortune des particuliers); nam Romæ appellari Tribuni possunt contra om«ne mpotestatem.»

(4) Cicero, *in Verr.*, IV, 65.

IV. Le *veto* arrêtait l'exécution; mais il ne substituait pas à la formule ou à la sentence qui en était frappée, une formule ou une sentence nouvelle. L'intercession tribunitienne avait donc un caractère essentiellement négatif. — A l'égard de la formule, elle pouvait être invoquée soit par le demandeur, soit par le défendeur (1). — A l'égard de la sentence, si le défendeur condamné pouvait chercher, dans l'intervention des Tribuns, un moyen d'arrêter la condamnation; le demandeur, qui avait succombé dans sa demande, n'aurait pu trouver dans cette intervention aucun secours utile, puisque l'absolution du défendeur ne produisait aucun effet positif que le *veto* pût arrêter (2).

§ 377. — II° Appel sous les Empereurs. — Caractères nouveaux.

C'est seulement par suite de l'organisation hiérarchique du pouvoir judiciaire sous les Empereurs que l'appel put devenir, ce qu'il est toujours resté depuis, un moyen de faire réformer par le juge supérieur la décision du juge inférieur, avec pouvoir, pour le juge supérieur, de substituer une décision nouvelle à la décision frappée d'appel.

---

(1) Cicero, *pro Tullio*, c. 38 : « Quid attinet te tam multis « verbis à Prætore postulare ut adderet in judicium *injuria*, « et quia non impetrasses Tribunos plebis appellare ; et hic, « in judicio, quæri Prætoris iniquitatem, quod de injuria « non addidisset. » — Cf. *pro Cluentio*, 27.

(2) Tit. Liv., XX VIII, 60. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, VII, 19. — Val. Max., IV, 1, § 8.

Ce dernier caractère, qui apparaît dès le siècle d'Auguste (1), montre que le droit nouveau sur l'appel ne fut point établi comme une conséquence de la puissance tribunitienne que les Empereurs avaient réunie, sur leur tête, à toutes les autres magistratures républicaines ( § 54 ). En effet, comme on l'a déjà dit, l'intercession tribunitienne ne comportait qu'un simple droit de *veto* et non le pouvoir de substituer une sentence nouvelle à la sentence attaquée. C'est donc à un autre principe que l'appel dut ses caractères nouveaux; et ce principe ne put être que l'idée monarchique qui fit considérer l'Empereur comme le centre suprême de la juridiction.

Les règles fondamentales de l'appel furent posées par Auguste, probablement dans la loi *Julia judiciaria*. Ces règles se complétèrent avec le temps et subirent diverses modifications. Il y a surtout à distinguer à cet égard le droit antérieur à Dioclétien du droit en vigueur sous les Empereurs chrétiens : c'est sous ce double point de vue que seront examinées les diverses questions énoncées dans les paragraphes suivants.

§ 378. — Continuation. — I. De quelles décisions on pouvait appeler.

I. Au temps de la jurisprudence classique, on

---

(1) Sueton., *Octav.*, 33; *Caligula*, 16; *Nero*, 17.—Tacit., *Annal.*, XIV, 23. — Paul., L., 38, ff., *de Minorib.*

pouvait en général appeler de toutes décisions soit *définitives*, soit *interlocutoires* (1). Toutefois déjà, à cette époque, on déclarait inadmissibles les appels purement dilatoires (2). L'appel était encore inadmissible dans les affaires urgentes, les interdits, et dans les questions relatives à l'ouverture des testaments et à l'envoi en possession des héritiers (3); contre les jugements fondés sur un serment, ou sur un aveu judiciaire (4); contre les sentences rendues par contumace (5); et, en général, contre tous actes d'exécution de jugements ayant acquis force de chose jugée (6).

La valeur du litige n'était point prise en considération, excepté pour les appels à l'Empereur (7).

II. Sous les Empereurs chrétiens la faculté d'appeler fut de plus en plus restreinte.

Déjà le code Théodosien défend, sous une peine sévère, l'appel contre les décisions interlocutoires et préparatoires (8). Mais on pouvait interjeter appel

---

(1) Ulpian., L. 1, § 2, ff., *de Appel.*

(2) Paul., *Sentent.*, V, 25, § 2 : «Moratorias appellationes «... recipi non placuit.»

(3) Paul., L. 7, ff., *de Appell. recip.*—Paul., *Sentent.*, V, 34, §§ 1 et 2.—Cf. Gratian., Valentin. et Theod., L. 26, C. Theod., *Quor. appell.*

(4) Paul., *Sentent.*, V, 35, § 2, et V, 5a, § 5. — Scævola, L. 28, § 1, ff., *de Appell.*

(5) Paul., *Sentent.*, V, 5a, § 7.—Papinian., L. 23, § 3, ff., *de Appell.* — Ulpian., L. 73, § 3, ff., *de Judic.*

(6) Paul., *Sentent.*, V, 35, § 2.—Macer, L. 4, ff., *de Appell.*

(7) Ulpian., L. 10, § 1, ff., *de Appell.*—Constantin., L. 20, C., *de Appell.*

(8) Constantin., L. 2, C. Theod., *de Appell.*—L. 1 et L. 2,

des jugements par lesquels le juge s'était déclaré incompétent, avait rejeté une exception péremptoire, ou déclaré la demande non recevable (1).

Justinien défendit d'appeler de tous jugements interlocutoires ou sur incidents, si ce n'est après le jugement définitif, sous peine de 50 livres d'argent (2). Mais toute sentence définitive, soit principale, soit accessoire, même la sentence sur les frais, était susceptible d'appel (3).

§ 379. — Continuation. — II. Devant quels magistrats se portait l'appel, et du nombre des degrés de juridiction.

On n'avait point eu, comme chez nous (4), l'idée de limiter le nombre des degrés de juridiction. Du magistrat placé au plus bas échelon de la hiérarchie, on pouvait, d'appel en appel, remonter jusqu'à l'Empereur, centre suprême de la justice pour tout l'empire; de telle sorte que le nombre des degrés de juridiction variait suivant le nombre des intermédiaires qui séparaient hiérarchiquement de l'Empereur le magistrat qui avait le premier connu de l'affaire (5).

En se rappelant ce qui a été dit, dans le premier

C. Theod., *Quor. appell.* — Constant., L. 25, C. Theod., *de Appell.*

(1) Valentin. et Valens, L. 18, C. Theod., *Quor. appell.* — Valens, Gratian., Valentin., L. 23, C. Theod., *eod. tit.* — Iidem, L. 37, C. Theod., *de Appell.*

(2) Justinian., L. 36, C., *de Appell.* — L. 16, C., *de Judic.*

(3) Justinian., L. 10, C., *Quando prov.*—Nov. LXXXII, 10.

(4) Loi du 1er mai 1790.

(5) Justinien, le premier, décida qu'il n'y avait pas plus

livre de cet ouvrage, au sujet des magistratures créées ou conservées par les Empereurs païens ou chrétiens, et l'importance relative des fonctionnaires impériaux aux diverses époques, on peut se faire une idée de la variété qui dut régner, suivant les temps, soit quant au nombre des degrés de juridiction, soit quant aux fonctionnaires qui formaient ces divers degrés. Plusieurs auteurs se sont appliqués à suivre avec un soin minutieux les variations de la législation impériale en cette matière; mais une pareille statistique ne présente aucune utilité pour le jurisconsulte.

On relèvera donc seulement ici les traits qui peuvent offrir quelque intérêt.

Régulièrement l'appel devait être porté au magistrat immédiatement supérieur. Cependant, on ne considérait pas comme non recevable l'appelant qui, par erreur, avait franchi un degré et porté son appel devant un magistrat supérieur de deux degrés à celui qui avait rendu la sentence attaquée (1).

On pouvait appeler de la sentence rendue par le *judex* au magistrat qui avait délivré la formule. Mais cette règle, qui était généralement admise du temps de Modestin (2), ne s'était que difficilement introduite : il paraissait naturel, en effet, que les

---

de deux appels, ou trois degrés de juridiction par affaire : L. unic., C., *Ne liceat in una eademque causa tertio provocare.*

(1) Ulpian., L. 1, § 3.—Pap. Just., L. 21, § 1, ff., *de Appell.*

(2) Modestin., L. 3, ff., *Quis a quo.* — Cf. Ulpian., L. 1, pr., *eod. tit.*

parties dussent se soumettre à la décision du juge qu'elles avaient elles-mêmes choisi. (§ 77.)

L'appel des jugements rendus par les magistrats municipaux se portait naturellement devant le Président ou le Recteur de la province.

Les décisions des Préfets du Prétoire furent tantôt soumises à l'appel à l'Empereur, tantôt affranchies de tout appel. (§§ 57 et 105.)

§ 380. — Continuation. — III° Forme, délai et procédure de l'appel.

I. L'appel pouvait être déclaré soit de vive voix, par le seul mot *appello,* au moment même de la prononciation du jugement (1), soit dans les deux jours (2), par écrit (*libelli ou litteræ appellatoriæ*) remis au juge dont était appel et contenant le nom de ce juge, celui de l'appelant, celui de l'intimé et l'indication de la sentence (3).

D'après une constitution de Valentinien III, l'appel une fois formé ne pouvait être retiré; mais Arcadius et Honorius permirent le désistement dans les trois jours, et Justinien en tout état de cause (4).

---

(1) Macer, L. 2, et Marcian., L. 5, § 5, ff., de *Appel.* — Notre code a justement proscrit les appels *ab irato.* (Cod. proc., art. 449.)

(2) Ce délai était de trois jours quand on avait plaidé pour autrui : Marcian., L. 5, § 5, ff., *de Appel.*, et L. 1, §§ 5 et 11, *Quando appel.* — Justinien porta le délai d'appel à dix jours. — (Nov. XXIII, 1.)

(3) Ulpian., L. 1, § ult.; L. 3, et L. 13, ff., *de Appel.*

(4) Valentin., L. 48, C. Theod., *de Appel.* — Honor, L. 56, C. Theod., *de Appel.* — L. 28, C., *de Appel.*

II. Le juge inférieur ne pouvait se refuser à recevoir l'appel à moins qu'il ne fût évidemment illégal (1). Il lui était surtout interdit de chercher à prévenir les appels en effrayant par des menaces ceux qui manifestaient l'intention d'y recourir (2). L'appelant dont le juge inférieur avait refusé de recevoir l'appel n'encourait pas déchéance; mais il devait dénoncer ce refus au juge supérieur dans un délai qui a varié de quatre mois à un an (3). Quand l'appel refusé était accueilli par le magistrat supérieur, on prononçait une amende contre le magistrat inférieur. L'amende tombait au contraire sur la partie, quand l'appel était reconnu non recevable (4).

III. L'appel une fois reçu par le magistrat inférieur, l'appelant devait, dans les cinq jours, solliciter les *apostoli* ou *litteræ dimissoriæ*, c'est-à-dire l'attestation écrite que l'appel avait été formé (5); puis, dans les cinq jours suivants, donner caution

---

(1) Il devait alors donner avis de son refus au juge supérieur et faire connaître ses motifs. — *Voy.* à ce sujet ce qui a été dit ci-dessus, § 378; et de plus, au Digeste, le titre *de Appellationibus recipiendis vel non*, et, au Code, le titre *Quorum appellationes non recipiuntur*.

(2) Paul., L. 25, ff., *de Appel.* — *Voy.*, au Code, le titre *de His qui per metum judicis non appellarunt*.

(3) Ulpian., L. 5. — Macer, L. 6, ff., *de Appel. recip.* — Theod. et Honor., L. 31, C. *de Appel.*

(4) Constantin., L. 19; Constantin. et Constant., L. 21; Valentin. et Valens, L. 24, C., *de Appel.*

(5) Paul., *Sentent.*, V, 34, §§ 1 et 2.—Marcian., L. uniç., ff., *de Libell. dimiss.*

de payer une somme égale au tiers de la valeur en litige, dans le cas où l'appel serait ultérieurement reconnu mal fondé (1). — Dioclétien et Maximien changèrent cela, en ordonnant aux juges de délivrer d'office et sans délai les *apostoli* à l'appelant : ce qui fit disparaître le double délai de cinq jours (2).

IV. Dans le principe, c'était l'appelant qui devait présenter au magistrat supérieur dans le délai légal les *apostoli* qu'il avait obtenus (3).

Constantin voulut que la déclaration d'appel fût transmise au juge supérieur par le magistrat inférieur qui devait y joindre son avis motivé (*consultatio*). Cet envoi devait avoir lieu dans les vingt jours de la déclaration d'appel. Justinien porta ce délai à trente jours (4).

Il paraît que sous cet Empereur l'appelant put aussi, comme dans les premiers temps, remettre lui-même les *apostoli* au juge supérieur (5).

V. Au dernier jour du délai légal, dont il sera question ci-après, les parties devaient se présenter devant le juge supérieur pour y plaider la cause. Il n'était point nécessaire que l'appelant citât

---

(1) Paul., *Sentent.*, V, 33, § 1 à 8.

(2) Diocl. et Max., L. 6, § 6; Constantin. et Constant., L. 21 ; Theod. et Honor., L. 31, C., *de Appel.*

(3) Paul., *Sentent.*, V, 34, § 1. — Marcian., L. 1, ff., *de Libell. dimiss.* — *Vatic. Fragm.*, §§ 162 et 163.

(4) Constantin., L. 5, 8 et 16, C., Theod., *de Appel.*

(5) Diocl. et Max., L. 5, C., *de Appel.*

l'intimé ; car, par la manière dont était fixé le jour de la comparution, l'intimé le connaissait tout aussi bien que l'appelant. — Si l'intimé ne comparaissait pas, on jugeait en son absence sans qu'il fût nécessaire de recourir à la procédure de contumace (§§ 222, 223 et 248).— Si c'était l'appelant qui faisait défaut, l'appel était réputé abandonné, et l'on confirmait purement et simplement le jugement dont était appel.

L'appelant pouvait se faire relever de la déchéance encourue faute de comparution (*appellationis redintegratio* ou *reparatio*) en justifiant de causes légitimes d'empêchement (1). Cette *reparatio* devait être demandée dans un délai déterminé (2); on pouvait toutefois obtenir une nouvelle restitution contre une nouvelle déchéance, mais non pas une troisième (3). — Quand la déchéance provenait de la faute du juge, celui-ci devait payer à l'appelant la valeur du litige (4).

VI. On a vu que la présentation de l'appel, soit par le magistrat inférieur, soit par l'appelant lui-même, valait pour les parties citation à compa-

(1) Diocl. et Max., L. 5, C., *de Appel.*—*Voy.*, au C. Theod., tout le titre *de Reparationibus appellationum.*

(2) Quatre mois, trois mois ou trente jours suivant les cas.

(3) Valentin. et Valens, L. 2, C. Theod., *de Reparat. appel.* — Honor. et Theod., L. 9, *eod. tit.* — L'appelant qui se faisait ainsi relever de la déchéance devait naturellement faire connaître à l'intimé le nouveau *dies fatalis.* Honor. et Theod., L. 9, C. Theod., *de Reparationib.*

(4) Valentin., L. unic., C. Theod., *de Secundo lapsu.*

raître devant le juge supérieur au dernier jour du délai (*dies fatalis*), pour y plaider la cause. Ce terme était doublement fatal en ce que l'instance d'appel ne pouvait être engagée ni plus tôt, ni plus tard. Il semblerait même résulter de quelques textes que l'appel devait être non-seulement *plaidé*, mais encore *jugé* au jour fatal : toutefois, une telle règle ne doit pas être prise à la lettre ; car il eût été bien souvent impossible de s'y conformer (1).

Le délai dont le dernier jour détermine la comparution des parties (*tempus exequendæ appellationis*) avait été diversement réglé.

D'après les constitutions d'Arcadius et de Théodose II, qui d'ailleurs reproduisent en partie une règle plus ancienne, ce délai était de deux, quatre, six ou neuf mois, suivant la nature des appels ou les distances (2), avec possibilité, comme on l'a vu, d'obtenir une première, puis une seconde *reparatio;* mais pas davantage.

Théodose II substitua ensuite à ce délai fatal et à cette double restitution un système remarquable par sa singularité. Le *tempus exequendæ appellationis* est de six mois, l'appelant doit donc se présenter le dernier jour du sixième mois (*premier jour fatal*). Faute par l'appelant de comparaître ce jour-là, le *dies fatalis* est reporté au trente et unième jour suivant (*second jour fatal*); puis, à défaut de compa-

---

(1) Theod. et Valentin., L. 32, pr., et § 4, C., *de Appel.*

(2) Theod. et Valentin., L. 2, C., *de Temp. et reparat. appel.* —Cf. Arcad. Honor. et Theod., L. 63, C. Theod., *de Appel.*

rution, au trente et unième jour d'après (*troisième jour fatal*). Enfin l'appelant peut encore faire défaut, mais il doit comparaître le trente et unième jour qui vient ensuite (*quatrième jour fatal*), sous peine de déchéance dont il ne pourrait être relevé que par le prince (*reparatio*). Le délai nouveau que peut accorder l'Empereur ne peut excéder trois mois, lesquels courent non du jour de la restitution impériale, mais du *quatrième jour fatal.* Telle est la règle pour les appels des juges *illustres* ou *clarissimi.* Des règles analogues étaient établies pour les appels des juges des autres rangs (1).

Justinien introduisit à son tour un système nouveau dans lequel les délais furent principalement calculés à raison des distances. Quant aux *dies fatales,* au lieu des quatre jours échelonnés de trente et un jours en trente et un jours, Justinien n'admet qu'un seul *dies fatalis;* mais, en même temps, il permet de se présenter devant le juge d'appel, soit dans les quatre jours qui précèdent le *dies fatalis,* soit dans les cinq jours qui suivent, ce qui fait en réalité un espace continu de dix jours, placés en bloc à la fin du délai, et à chacun desquels la comparution est également autorisée (2).

§ 381. — Continuation. — IV. Jugement de l'appel. — Moyens nouveaux. — Péremption de l'instance.

I. Dès l'origine on put sans obstacle présenter

(1) Theod. et Valentin., L. 2, C., *de Temp. et reparat. appel.*

(2) Justinian., L. 5, § 1, C., *de Temp. et reparat. appel.*

en appel des *moyens nouveaux ;* mais non former des *demandes nouvelles* (1). — Justinien permet en outre à l'intimé de produire devant le juge d'appel les griefs qu'il pouvait avoir de son côté contre le jugement; ou, comme nous le dirions chez nous, de former *appel incident* (2).

II. Une fois l'instance engagée en temps convenable, c'est-à-dire au *dies fatalis,* on ne trouve pas que le juge fût obligé de statuer dans un délai déterminé. Justinien, le premier, décida que l'appel devait être vidé dans l'année, sans que l'inobservation de cette règle entraînât, de plein droit, déchéance. Quand c'était par la faute de l'appelant que la cause n'avait pu être jugée dans ce délai, l'intimé obtenait la confirmation pure et simple du jugement (3).

III. Même à l'époque où l'institution du jury était dans toute sa vigueur, l'appel n'était jamais renvoyé à un *judex,* le magistrat supérieur en connaissant toujours *extra ordinem.* C'est à cette circonstance sans doute que les règles de l'appel durent de pouvoir passer, presque sans changement, dans la procédure nouvelle (4).

IV. Si le magistrat saisi de l'appel jugeait contre l'appelant, la décision déclarait l'appel non rece-

(1) Diocl. et Max., L. 6, § 1, *de Appel.* — Justinian., L. 4, C., *de Temp. et reparat. appel.*

(2) Justinian., L. 39, C., *de Appel.*

(3) Justinian., L, 5, § 4, C., *de Temp. et reparat. appel.* — Nov. CXXVI, *c.*, 2.

(4) Gordian., L. 5, C., *Si pendent appel. mors.*

vable ou mal fondé (*injustam esse appellationem*). Dans le cas contraire, il prononçait *justam esse appellationem* et rendait un jugement nouveau (1).

§ 382. — Continuation. — V. Peines contre les appels téméraires.

Dès l'origine, l'appelant qui succombait pouvait être condamné à une somme qui pouvait s'élever jusqu'au tiers de la valeur en litige (2).

Sous les Empereurs chrétiens cette sévérité, déjà si grande, fut poussée jusqu'à l'extravagance : l'appelant riche était condamné à deux ans de relégation dans une île et de plus à la perte de la moitié de son patrimoine; l'appelant pauvre était envoyé pour le même temps aux travaux des mines (3).

§ 383. — Continuation. — VI. Effets de l'appel.

L'appel avait un effet suspensif; mais, en cas de confirmation, la décision attaquée produisait ses effets du jour où elle avait été prononcée (4).

(1) Paul., *Sentent.*, V, 37.

(2) Paul., *Sentent.*, V, 33, § 1-8.

(3) Constantin., L. 3, C. Theod., *de Offic. Præf. Præt.* — Idem, L. 16, C. Theod., *de Appell.*

(4) Paul., *Sentent.*, V, 36. — Pap. Just., L. 23, § 3, ff., *de Appell.* — *Voy.*, au Digeste, le titre *Nihil innovari appellatione interposita.*

§ 384. — Continuation. — VII. Formes particulières de l'appel à l'Empereur.

Dans le principe l'appel à l'Empereur s'introduisait et se jugeait en la forme ordinaire, décrite dans les paragraphes précédents (1).

Sous les Empereurs chrétiens, sous prétexte d'éviter aux parties un voyage coûteux à la capitale, on décida que les appels à l'Empereur seraient instruits devant le juge inférieur qui transmettrait ensuite au prince les dires des parties (*libelli refutatorii*) et ses propres observations (*consultatio; relatio, opinio*) (2). — L'appel était ensuite jugé sur pièces en conseil d'État (*consistorium*), et la décision prenait la forme d'un rescrit impérial (3).

D'après une constitution de Théodose II, l'appel ne fut plus jugé par l'Empereur lui-même qu'autant que le jugement attaqué émanait d'un *judex illustris* (§ 102). Les appels à l'Empereur contre les décisions des *judices spectabiles* étaient renvoyés à une commission composée du Préfet du prétoire d'Orient et du Questeur du palais (4).

(1) Marcian., L. unic., pr., ff., *de Litter. dimiss.* — Paul., L. 74 et L. 81, ff., *ad SC. Trebell.* — Idem, L. 97, ff., *de Legat.*, 3°.

(2) L. 8, 11, 29, 32, 34, C. Theod., *de Appell.* — Théodose II introduisit quelques formes nouvelles : L. 32, C., *de Appell.*

(3) Theod. et Val., L. 2, C., *de Legib.* — C'est aussi sous cette forme que se rend la justice, en matière administrative contentieuse, devant notre conseil d'État.

(4) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.*

## II. *SUPPLIQUE AU PRINCE.*

§ 385. — Nature de cette voie de droit. — En quoi elle diffère de l'appel.

L'expression *supplicatio* ou *preces* convenait à toutes les pétitions que l'on pouvait adresser au prince dans les buts les plus divers. (*Voy.* § 103.)

Considérée comme voie de droit contre les décisions judiciaires, la *supplicatio* paraît avoir été principalement introduite contre les jugements du Préfet du prétoire qui, depuis Constantin, n'étaient plus susceptibles d'appel à l'Empereur (1) : l'appel se trouva donc remplacé par la *supplicatio,* qui en différait par plusieurs caractères essentiels.

Il est très-vraisemblable d'abord qu'on ne pouvait recourir à la *supplicatio* qu'*après la retraite* du Préfet du prétoire qui avait rendu la décision. Il est certain du moins que c'est du moment de cette retraite et de l'installation du successeur qu'on fait courir le délai de deux ans accordé aux parties pour adresser leur supplique au prince (2).

Quand l'Empereur ne voulait pas connaître lui-même, il renvoyait l'instruction et la décision au Préfet du prétoire en exercice : telle était en effet l'autorité dont jouissaient ces hauts fonctionnaires, qu'on regardait leurs décisions comme ne pouvant

(1) Constantin., L. 19, C., *de Appell.*

(2) Diocl. et Max., L. unic., C., *de Sentent. Præf. Præt.*

être réformées que par eux-mêmes (1). Au surplus, comme le Préfet du prétoire prononçait *vice sacra* (2), il en résultait qu'alors même que ses décisions étaient réformées par l'Empereur en personne, cette réformation se présentait sous la forme d'une rétractation (*retractatio*); et par conséquent la *supplicatio* différait de l'appel sous ce rapport qu'elle n'était pas un moyen *dévolutif*.

Elle en différait encore en ce qu'elle n'avait pas d'effet suspensif. Justinien lui attribua le premier cet effet, mais sous certaines conditions (3).

Bien qu'en général la *supplicatio* ne fût admissible qu'après la retraite du Préfet qui avait rendu la décision attaquée, il paraît que ce n'était pas là une règle sans exception. Une constitution décide, en effet, que lorsque la révision sera renvoyée devant le Préfet du prétoire qui a rendu la sentence attaquée, celui-ci devra s'adjoindre le *Quæstor sacri palatii* (4).

Il est aussi fait mention, dans quelques textes, de la *supplicatio* contre des jugements rendus par des *judices ordinarii :* ce qui s'explique difficilement.

Au reste, comme l'appel, la *supplicatio* n'était

(1) Le texte cité dans la note 4, ci-après, offre un exemple de ce renvoi. — Le texte cité dans la note précédente montre que l'Empereur connaissait aussi lui-même.

(2) Constantin., L. 16, c., Theod., *de Appell.*

(3) Novell. CXIX, c. 5.

(4) Justinian., L. 35, C., *de Appell.*

point admissible quand le Préfet du prétoire n'avait fait que confirmer une décision qui elle-même avait maintenu un jugement en premier ressort (trois jugements conformes) (1).

Une disposition, qui semble commune à l'appel et à la *supplicatio*, est celle qui défendait aux parties, sous peine d'une amende égale à la moitié de la valeur du litige, de venir tourmenter le Prince au sujet des suppliques ou des appels portés devant lui. C'est seulement après une année d'attente, qu'il était permis aux plaideurs de supplier l'Empereur de rendre sa décision (2).

---

## III. *VOIES DE NULLITÉ* (3).

§ 386. — Nature des voies de nullité. — En quelles formes on pouvait s'en prévaloir. — *Actio judicati.* — *Exceptio rei judicatæ.*

Un jugement qui manque des conditions essentielles à la validité des décisions judiciaires

---

(1) Justinian., L. unic., C., *Ne liceat ter prov.*

(2) Valentin. et Valens, L. 34; Theodos., L. 47, C. Theod., *de Appell.*

(3) *Voy.*, au Code, le titre *Quando provocare non est necesse*, et au Digeste, le titre *de Sententiis quæ sine appellatione rescinduntur.* — Le mot *rescinduntur* n'est même pas exact; car on ne peut *rescinder* le néant. L'emploi de ce mot tient sans doute à l'infirmité du langage qui nous oblige à donner un nom, et par conséquent à considérer comme un être, ce qui est la négation de l'être.

n'est point un jugement, c'est le *néant*(1), ou tout au plus l'apparence d'un jugement. Comme un tel acte ne saurait produire aucun droit, se prévaloir de la nullité d'une décision judiciaire, ce n'est point attaquer un jugement, mais seulement nier qu'il en existe un : or, une telle négation ne constitue ni un droit particulier ni une voie de droit. C'est sur cette notion, aussi simple qu'exacte, qu'est fondée la théorie si rationnelle du droit romain sur les sentences *quæ sine appellatione rescinduntur.*

Les voies de nullité se produisaient dans la pratique, tantôt sous la forme de l'action *judicati*, tantôt sous la forme de l'exception ou de la réplique *rei judicatæ*, suivant que la sentence nulle contenait condamnation ou absolution.

I. L'exécution des sentences exigeait à Rome l'intervention du magistrat (2). Lors donc qu'une partie, ayant obtenu contre son adversaire une condamnation entachée de quelque nullité, se présentait au magistrat pour demander l'exécution, il suffisait à l'autre partie de soutenir qu'il n'y avait pas de sentence, *non esse judicatum :* car la sentence nulle n'est pas un jugement. — Si les faits sur lesquels reposait le reproche de nullité étaient constants et

---

(1) Ulpian., L. 4, § 6, ff., *de Re judicata :* «Condemnatum «accipere debemus eum qui rite condemnatus est, ut sen«tentia valeat. Cæterum si aliqua ratione sententia *nullius* «*momenti* sit, dicendum est condemnationis verbum non «tenere.»

(2) *Voy.*, ci-après, le livre *sixième.*

non déniés par le demandeur, et qu'il n'y eût plus qu'à en apprécier les conséquences légales par rapport à la validité de la sentence; si, en d'autres termes, la voie de nullité se présentait comme une pure *question de droit*, le magistrat décidait lui-même, soit en refusant l'exécution (1), soit en l'autorisant, suivant que la nullité alléguée lui paraissait fondée, ou non. Si, au contraire, les faits étaient contestés, le magistrat renvoyait les parties devant un juge avec la formule de l'action *judicati*, formule qui soumettait au juge la question de savoir si, ou non, il y avait chose jugée entre les parties: *Si paret judicatum esse...*

Pour que les condamnés insolvables ou de mauvaise foi ne pussent abuser impunément de ce moyen pour gagner du temps, le défendeur à l'action *judicati* était tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, et de plus, s'il venait à perdre son procès, il était condamné au double. (§ 299.)

---

(1) On procède de même chez nous contre les sentences arbitrales entachées de nullité : Cod. proc., art. 1028 : « Il « ne sera besoin de se pourvoir par appel ni requête civile « dans les cas suivants : 1° Si le jugement a été rendu sans « compromis; 2° S'il l'a été sur compromis nul ou expiré ; « 3° S'il n'a été rendu que par quelques arbitres non auto- « risés à juger en l'absence des autres ; 4° S'il l'a été par un « tiers sans en avoir conféré avec les arbitres; 5° Enfin, s'il « a été prononcé sur choses non demandées. — Dans tous « ces cas, les parties se pourvoiront par opposition à l'or- « donnance d'exécution, devant le tribunal qui l'aura rendue, « et demanderont la nullité *de l'acte qualifié jugement arbi-* « *tral.* »

II. Quand il s'agissait d'une sentence portant absolution, le demandeur qui voulait se prévaloir de la nullité n'avait qu'à intenter à nouveau l'action correspondante au droit qui avait été nié par la sentence nulle (1); l'autre partie opposait l'*exceptio rei judicatæ*. Mais cette exception soumettait précisément au juge la même question que l'action *judicati*, à savoir : *an judicatum sit?* Le juge avait donc ainsi l'occasion d'examiner tous les reproches que pouvait faire valoir le demandeur pour soutenir qu'il n'y avait pas chose jugée, ou, en d'autres termes, que la sentence était nulle. — Lorsque le fait sur lequel reposait le reproche, n'était pas contesté, le magistrat refusait purement et simplement l'exception.

### § 387. — Causes de nullité.

Les vices qui entraînaient la nullité de la sentence peuvent se rapporter à quatre chefs principaux : la personne des parties, celle du magistrat ou du juge, l'inobservation des formes, et enfin le fond même de la sentence.

I. La sentence était nulle, *ex persona litigantium*, dans les cas suivants : — 1° Si la partie condamnée

---

(1) Mais le pouvait-il, puisque nous avons vu que la simple *litis contestatio*, indépendamment de toute sentence, suffit pour opérer novation du droit déduit en jugement (§ 204)? — D'abord, cela était toujours possible pour les actions dans lesquelles la *litis contestatio* n'opère pas novation *ipso jure* (§ 204), et c'est bien certainement le plus

était morte au moment où la sentence a été prononcée (1); — 2° Si elle était absente et qu'on n'eût pas observé les formes de la contumace (2); — 3° Si l'une des parties était esclave (3); — 4° Si elle était en démence (*furiosus*) (4); — 5° Si l'une des parties, étant de celles qui ne peuvent plaider que par représentants, a soutenu le procès en personne (5); — 6° Si la condamnation a porté sur une personne qui ne pouvait être condamnée, par exemple sur le *dominus* au lieu du *cognitor* ou *procurator*. (§ 368-370.)

II. La sentence était nulle *ex persona magistratus*, si le magistrat qui avait nommé le juge était incompétent à raison soit de la nature du litige, soit du domicile des parties; ou bien s'il avait jugé lui-même le fond quand il aurait dû le renvoyer à un juge (6). — Elle était nulle *ex persona judicis*, quand le juge nommé était incapable, ou avait

---

grand nombre. — Quant aux autres, le Préteur considérait sans doute le *judicium* comme n'ayant pas été vidé, et il renvoyait les parties devant un juge, en vertu de l'ancienne formule.

(1) Ulpian., L. 59, § 3, ff., *de Re judic.* — Paul., L. 2, ff., *Quæ sentent. sine appell.*

(2) Macer, L. 1, § 3, ff., *Quæ sentent. sine appell.* — *Voy.*, ci-dessus, §§ 223 et 224.

(3) Gaius, L. 107, ff., *de Regul. jur.* — Papin., L. 44, § 1, ff., *de Judic.* — Gordian., L. 6; Diocl. et Max., L. 7, C., *de Judic.*

(4) Pompon., L. 9, ff., *de Re judic.*

(5) Valer. et Gall., L. 6, C., *Quomod. et quand. judic.* — *Voy.*, ci-dessus, § 365.

(6) *Voy.*, ci-dessus, §§ 129-135 et 318.

excédé les limites du mandat contenu dans la formule (1); quand, la cause étant renvoyée à plusieurs juges, tous n'avaient pas pris part à la formation du jugement (2).

III. La sentence était encore nulle, quand les formalités substantielles de la procédure n'avaient pas été observées, par exemple : si la sentence n'avait pas été rédigée avant d'être prononcée (3); si elle n'avait pas été prononcée (4); si la condamnation n'était pas précise, déterminée et d'une somme d'argent (5).

IV. La sentence, même la plus régulière sous les trois points de vue précédents, pouvait enfin être nulle par des vices inhérents au fond : — 1° Pour *violation* ouverte d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution, mais non pour *fausse application* d'un principe vrai à un point de fait auquel il était inapplicable (6); — 2° Pour violation de l'autorité de la chose jugée (7).

---

(1) *Voy.*, ci-dessus, § 206. — Pour le cas d'incapacité, *voy.* la loi *Barbarius Philippus*, L. 3, ff., *de Offic. Præf. Præt.*—Cf., L. 2, C., *de Sentent.*

(2) Celsus, L. 39, ff., *de Re judic.*

(3-4-5) *Voy.*, ci-dessus, §§ 228 et 229.

(6-7) Modestin., L. 19, ff., *de Appell.* — Macer explique très-bien la différence entre la violation de la loi et sa fausse application : la première blesse la loi elle-même; la seconde ne blesse que l'intérêt du plaideur : «Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, «non de jure litigatoris pronuntiatur. Nam si judex volenti «se ex cura muneris, vel tutelæ, beneficio liberorum, vel «ætatis, aut privilegii excusare, dixerit *neque filios, neque*

## IV. *VOIES DE RESCISION* (1).

§ 388. — A quelles sentences s'appliquaient les voies de rescision (restitution en entier).

I. La restitution en entier suppose une sentence régulière en la forme et valable au fond. (*Voy.* § 353.) Cette voie de droit, d'origine prétorienne, dut perdre beaucoup de son importance depuis que l'introduction de l'appel eut ouvert aux parties une voie ordinaire pour faire réformer les jugements qui leur portaient préjudice. Aussi, bien qu'il soit encore question sous les Empereurs de restitution contre les sentences, cette voie extraordinaire ne se présente guère plus que pour les mineurs. Quant aux majeurs, elle avait été généralement remplacée par l'appel (2); ce qui est d'ail-

«*ætatem, aut ullum privilegium ad muneris, vel tutelæ excu*«*sationem prodesse :* de jure constituto pronuntiasse intelli«gitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed id«circo contra eum sententiam dixerit, quod negaverit *eum* «*de ætate sua, aut de numero liberorum probasse :* de jure «litigatoris pronuntiasse intelligitur : quo casu appel«latio necessaria est. » (Macer, L. 1, § 2, ff., *Quæ sententiæ sine appellat.*) — C'est là peut-être la meilleure théorie qu'on puisse donner sur la nature des moyens de cassation.

Gordian, L. 1, C., *Sentent. rescindi non posse.* — Diocl. et Max., L. 9, C., *de Sentent. et interloc.*

(1) *Voy.*, au Code, le titre *Si adversus rem judicatam restitutio postuletur.*

(2) Ulpian., L. 42, ff., *de Minorib.* : — «Præses provinciæ

leurs conforme au principe général d'après lequel la restitution en entier n'est accordée qu'à défaut de moyen ordinaire (1).

Toutefois, il est encore fait mention de la restitution des majeurs dans les écrits des jurisconsultes classiques et notamment dans Gaius (2); mais elle ne paraît plus en usage, à leur égard, que dans certains cas particuliers, et notamment pour cause de dol, lorsque le juge a été corrompu (3), ou que la sentence a été rendue sur des titres faux, sur de faux témoignages (4), ou sur un faux serment déféré par le juge (5).

---

«minorem in integrum restituere potest etiam contra suam «vel decessoris sui sententiam : quod enim appellatio in«terposita majoribus præstat, hoc beneficio ætatis conse«quuntur minores.» — Macer, L. 8, ff., *de In integr. restit.*, confirme encore cette manière de voir à l'occasion de l'absence : «Inter minores viginti quinque annis, et eos qui Rei«publicæ causa absunt, hoc interest : quod minores annis «etiam, qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, «nihilominus in integrum contra rem *(publicam) judicatam* «restituuntur, cognita scilicet causa : ei vero, qui Reipu«blicæ causa absit, cæteris quoque, qui in eadem causa «habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus «in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his «permittatur.»

(1) *Voy.*, ci-dessus, page 444.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 57. — Ulpian., L. 7, § 4, ff., *de Minorib.*

(3) Diocl. et Max., L. 7, C., *Quando provoc. non est necesse.*

(4) Paul., *Sentent.*, V, 5a, § 10.—Callistrat., L, 33, ff., *de Re judicat.* — *Voy.*, en outre, au Code, le titre spécial *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis judicatum sit.*

(5) Gaius, L. 31, ff., *de Jurejur.* — Mais la restitution ne

II. La restitution en entier pouvait avoir lieu soit contre la *litis contestatio*, soit contre la sentence.

Elle était accordée contre la *litis contestatio* au défendeur (mais non au demandeur) majeur, quand la formule était de nature à lui causer préjudice : par exemple, quand elle autorisait le juge à condamner à une somme supérieure à celle qui avait été réclamée par le demandeur. Le magistrat rectifiait alors la formule, et l'instance reprenait son cours ordinaire (1).

La restitution contre la sentence pouvait avoir lieu de deux manières. — Quand il s'agissait de restitution contre une sentence rendue *extra ordinem*, il n'y avait aucune raison pour que le magistrat, saisi de la demande en restitution, ne substituât pas lui-même une décision nouvelle à la décision attaquée (2). — Quand il s'agissait, au contraire, d'une sentence rendue par un *judex*, le magistrat se bornait à tenir pour non avenue la sentence attaquée, et renvoyait les parties devant un nouveau juge en redonnant force et vigueur à l'ancienne formule (3). — Cependant il paraît que,

serait pas accordée, s'il s'agissait d'un serment décisoire déféré par une des parties.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 57.

(2) Cela devint nécessairement la règle générale, à partir de l'abolition de l'*ordo judiciorum*.

(3) A ce cas se réfèrent les expressions qu'on rencontre si fréquemment : «... *restituere litem*...» (Marcell., L. 7, § 1, ff., *de In integr. restit.*); «... *restauratio eremodicii*...» (Ulpian., L. 7, § 12, ff., *de Minorib.*); «... *judicium*... *restituen-*

même dans ce cas, le magistrat aurait pu aussi juger le fond : cela arrivait notamment quand la restitution n'était demandée que contre une partie de la sentence (1).

III. La demande en restitution pouvait se porter soit devant le magistrat qui avait connu le procès *extra ordinem*, ou qui avait délivré la formule d'action sur laquelle était intervenue la sentence attaquée, soit devant tout autre magistrat égal ou supérieur (2).

Au prince seul appartenait le droit de restituer contre les décisions du prince (3). — La même règle était suivie pour les sentences rendues par les Préfets du prétoire (4).

---

*dum...* » (Celsus, L. 28, *eod. tit.*); « ... *totam litem restaurare...* » (Modestin., L. 29, § 1, ff., *eod. tit.*); « ... *causæ instauratio...* » (Paul., *Sentent.*, V, 5a, § 10).

(1) Ulpian., L. 13, § 1, ff., *de Minorib.* : « ... vel *cognitione* « *Prætoria,* vel rescissa alienatione, *dato in rem judicio...* » — Cf. Modestin., L. 29, § 1, *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 16, § ult., et L. 18, pr., ff., *de Minorib.* — Dans la loi 17, au même titre, Hermogénien reproduit la même règle et signale en outre une différence caractéristique entre l'appel et la restitution en entier : « Præfecti « etiam prætorio ex sua sententia in integrum possunt res- « tituere, quamvis appellari ab his non possit. Hæc idcirco « tam varie, quia *appellatio* quidem, *iniquitatis sententiæ* « querelam; in integrum vero restitutio, *erroris propriæ ve- « niæ petitionem* vel *adversarii circumventionis* allegationem « continet. » — C'est là précisément la différence que nous mettons en France entre la *requête civile* et l'*appel*.

(3) Ulpian., L. 18, ff., *de Minorib.* — Antonin., L. 1, C., *Ubi et apud quem.*

(4) Aurel. Arcad., L. unic., § 2, ff. *de Offic. Præf. Prœt.*

IV. Les formes et les délais de la restitution contre les sentences étaient, au surplus, les mêmes que lorsqu'il s'agissait de toutes autres espèces d'actes. (*Voy.*, ci-dessus, § 353-359.)

---

## V. *REVOCATIO IN DUPLUM.*

### § 389. — Nature de cette voie de droit.

Il est question de cette voie de droit dans quelques passages des sentences de Paul et dans une constitution d'Alexandre conservée au Code grégorien. Mais ces textes sont insuffisants pour faire connaître d'une manière exacte en quoi consistait cette voie de droit, et en quoi elle différait de l'appel.

Les notions que ces textes nous fournissent se réduisent aux points suivants.

1° Le contumace et celui qui avait confessé *in jure* ne pouvaient recourir à l'*in duplum revocatio* : règle qui d'ailleurs était commune à l'appel (1).

2° L'exercice de la *revocatio in duplum* n'était subordonné à aucun autre délai que celui de la prescription de dix et vingt ans (2) : en quoi cette

---

(1) Paul., *Sentent.*, V, 5a, § 4 et 7.—Alexand., C. Grégor., lib. X, L. 1.

(2) Paul., *Sentent.*, V, 5a, § 8 : «Res olim judicata post «longum silentium in judicium deduci non potest, nec eo «nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exem- «plo longæ præscriptionis decennii inter præsentes et inter «absentes vicennii computatur.»

voie de droit différait essentiellement de l'appel.

3° Enfin, le nom même de cette voie de droit nous apprend que celui qui y avait recours s'exposait à une condamnation double de celle dont il se plaignait. Ceci a même conduit quelques interprètes à confondre la *revocatio in duplum* avec l'action *judicati*. (385, n° II.)

# LIVRE SIXIÈME.

## EXÉCUTION FORCÉE DES SENTENCES (1).

### § 390. — Notions préliminaires sur les effets des sentences et les moyens de contrainte en général.

Après avoir dit les formes qu'il faut suivre pour obtenir une sentence, et les attaques auxquelles elle peut être exposée, il faut maintenant examiner les effets de la sentence devenue définitive, ou acceptée comme telle par les parties.

I. Ces effets étaient de deux sortes.

Les uns s'accomplissaient dans la pure sphère du droit, indépendamment de toute coopération, soit du magistrat, soit des parties : ils consistaient dans les modifications remarquables que subissait le droit mis en litige. Toutes ces modifications peuvent d'ailleurs se ramener à la *novation judiciaire* qui substituait un droit nouveau au droit primitivement réclamé. Pour l'époque de la jurispru-

---

(1) Nous ne parlons dans ce livre que des voies d'exécution contre les *condamnés;* mais il faut se rappeler que celui qui n'était pas défendu (*indefensus*), et celui qui avouait sa dette devant le magistrat (*confessus*), étaient assimilés au condamné (*pro damnatis habentur*). (*Voy.*, ci-dessus, § 195 et suiv. et § 217.)

dence classique, ce droit nouveau consistait toujours en une créance d'une somme d'argent; créance fort énergique, puisqu'elle croissait au double par la dénégation du débiteur, c'est-à-dire du condamné, et qu'elle autorisait en outre l'emploi immédiat des voies de contrainte. Il a été traité de cette première classe d'effets au § 230.

Les autres se produisaient dans un ordre tout matériel. Ils se traduisaient en voies de fait, accomplies en vertu de l'*imperium* du magistrat, dans le but soit de triompher du mauvais vouloir du débiteur solvable, soit de procurer aux créanciers une satisfaction partielle sur la personne et les biens du débiteur insolvable.

La description de ces moyens de contrainte est l'objet de ce sixième livre. Mais, pour bien saisir l'économie du droit romain en cette matière, il convient de jeter un coup d'œil d'ensemble sur le sujet considéré en lui-même, abstraction faite des formes diverses que les voies d'exécution peuvent revêtir dans chaque pays.

II. L'exécution forcée suppose toujours plus ou moins l'emploi de la force matérielle. C'est là une triste nécessité; car, indépendamment des inconvénients positifs, inhérents à l'emploi de la force, la justice et les lois semblent perdre quelque chose de leur majesté, quand, pour se faire obéir, elles en sont réduites à faire appel à la force brutale. On s'est donc en général appliqué, chez les peuples policés, à employer le moins possible la violence directe; on a donné, avec raison, la préférence à

divers moyens indirects de forcer à l'obéissance les débiteurs récalcitrants. Mais cela n'est pas toujours possible : il faut à cet égard distinguer les différents genres de condamnations.

Quand le jugement ordonne la *restitution* (1) en nature d'un objet déterminé, et que le condamné résiste, l'emploi de la violence directe est à peu près indispensable, soit pour l'expulser des lieux dont il refuse de sortir, soit pour lui enlever les objets qu'il s'obstine à retenir.

Pour les condamnations *à faire*, s'il s'agit de choses que le condamné seul peut exécuter, par exemple d'un ouvrage d'art, d'un travail de l'esprit, il est évident que toute contrainte directe est impossible. Mais on peut arriver au but par des moyens indirects, soit en tenant le débiteur en prison jusqu'à ce que son mauvais vouloir ait cédé; soit, lorsqu'il possède des biens, en accordant au créancier sur ces biens une indemnité en argent (2).

---

(1) Je prends ce mot dans le sens le plus large, pour indiquer non-seulement la restitution des choses *revendiquées* par leur propriétaire, mais aussi la *tradition* des choses que le propriétaire s'est obligé à livrer (*tradere* ou *dare*), ce que nous appelons *dette de corps certain.*

(2) C'est à ce dernier parti qu'on s'est arrêté en France, en décidant que *toute obligation de faire se réduit en dommages-intérêts* (C. C., art. 1142).—Mais si le débiteur ne possède rien sur quoi le créancier puisse obtenir l'indemnité pécuniaire, ne serait-il pas parfaitement juste que le débiteur pût être tenu en prison jusqu'à ce qu'il eût rempli sa promesse ? Je suppose, bien entendu, qu'il y a pour

S'il s'agit d'un fait qui puisse être exécuté par tout autre que le débiteur, par exemple de la destruction d'un ouvrage fait au mépris du droit d'autrui, ou d'un travail susceptible d'être exécuté par un ouvrier quelconque, on peut ne pas recourir à la contrainte directe. Il suffit, en effet, de fixer au condamné, pour obéir, un certain délai, passé lequel, le créancier sera autorisé à faire exécuter le travail, aux frais du débiteur. On pourrait encore imposer au condamné une certaine amende en argent, au profit du créancier, pour chaque jour de retard, jusqu'à ce qu'il ait été satisfait au jugement (1).

Enfin, quand il s'agit d'*une somme d'argent à payer,* soit que la créance ait eu dès l'origine ce caractère, soit qu'elle l'ait acquis plus tard par l'une des transformations qui viennent d'être indiquées, le magistrat peut procurer directement l'exécution de la sentence, en faisant vendre les biens du débiteur au profit de ses créanciers. Cette vente peut avoir lieu sans le concours du débiteur et par conséquent n'exige, provisoirement du moins, aucun emploi de la force.

Les condamnations en argent sont donc celles dont l'exécution peut être assurée le plus facilement et le plus directement. D'un autre côté,

---

lui possibilité de le faire. En pareil cas, la contrainte par corps me semblerait fort légitime.

(1) Nos tribunaux emploient l'un ou l'autre moyen, suivant les cas.

quand les biens du débiteur ne suffisent pas, et qu'il devient nécessaire d'en établir la répartition entre les créanciers, il faut bien que toutes les créances soient ramenées à une commune unité. — Sous ce double rapport, il serait donc désirable que toutes les condamnations fussent pécuniaires : telle était aussi la règle sous la jurisprudence classique. (§ 177 et ci-après § 403.)

Il faut maintenant examiner comment avaient été réglés par le droit romain les divers rapports dont nous venons de constater l'existence. A cet égard, il faut distinguer l'ancien droit civil, le droit prétorien, le droit des Empereurs, et enfin le droit le plus nouveau qui avait prévalu au temps de Justinien.

---

## CHAPITRE PREMIER.

### EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LES DOUZE TABLES.

---

§ 391. — Caractère des voies d'exécution : *Manus injectio.* — *Pignoris capio.* — *Renvoi.*

Le droit le plus ancien sur lequel nous ayons des documents paraît n'avoir connu que la contrainte *contre la personne* (*manus injectio*) (1).

---

(1) A cette époque, le droit romain était donc précisé-

La *pignoris capio*, qui était certainement un mode d'exécution sur les biens, n'était applicable qu'à certaines créances spéciales se rattachant au droit public ou sacré; et, dès lors, on ne peut en tenir compte, par rapport aux créances privées. (§§ 162 et 163.)

Bien que les XII Tables n'eussent accordé ni au magistrat, ni aux créanciers aucun pouvoir direct sur les biens du débiteur (1); cependant, par son excessive rigueur, la *manus injectio* était, en réalité, un moyen très-énergique d'agir sur les biens des débiteurs solvables : quel homme, en effet, eût été assez insensé pour se laisser vendre comme esclave, et perdre en même temps sa fortune et sa liberté, pour des dettes qu'il aurait eu les moyens d'acquitter ? — A l'égard du débiteur insolvable, la vente de sa personne procurait toujours aux créanciers un payement quelconque.

Il n'est pas question, dans les sources, des biens que pouvait posséder le débiteur insolvable, et cela est naturel; car, dans l'espoir d'apitoyer ses créan-

ment le contre-pied du droit français, qui n'autorise que très-exceptionnellement la contrainte personnelle.

(1) Sauf dans le droit le plus nouveau, les jurisconsultes romains n'ont jamais reconnu au magistrat le droit d'enlever de force à quelqu'un sa propriété.—Ulpian., L. 1, § 1, ff., *Si ventris nomine* : «... Coget autem eum decedere non «prætoria jurisdictione nec manu ministrorum, sed melius «et *civilius* faciet, si eum, per interdictum, ad jus ordina«rium remiserit». — Cf. Ulpian., L. 23, § 3, ff., *Quod metus causa*. — *Voy*. encore, page 556, note 3.

ciers et d'obtenir d'eux un arrangement qui lui permît de conserver sa liberté, le débiteur devait toujours s'empresser de leur offrir ses biens dès les premières poursuites. En admettant, au surplus, que le débiteur possédât encore quelque chose au moment où il était réduit en servitude, ses biens devenaient *vacants* par la mort civile de leur propriétaire, et dès lors rien ne s'opposait à ce que les créanciers pussent s'en emparer, en tant que biens vacants (1).

Comme, à cette époque, ne s'était pas encore introduit le principe que toute condamnation doit être *pécuniaire*, il devait y avoir lieu souvent à faire opérer, par la force, des restitutions en nature. On ignore comment on arrivait à ce résultat.

On ne sait pas non plus comment, dans ces temps reculés, était réglée la distribution entre créanciers. Au reste, ce règlement devait être assez simple; puisque on ne connaissait, à cette époque, ni hypothèques ni priviléges.

Nous n'avons plus à nous occuper ici de la *manus injectio* et de la *pignoris capio*, qui ont été traitées avec tous les détails convenables dans le second livre. (§ 156-161).

---

(1) Le débiteur n'était pas seulement réduit en esclavage, il était en outre exporté hors du territoire : «... aut trans «Tiberim *peregre* venum ibant...» (Aul. Gell., *Noct. att.* XX, 1). — Cf. § 160.

# CHAPITRE DEUXIÈME.

## EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN.

### § 392. — Introduction.

Le droit prétorien conserva l'exécution personnelle; mais, à côté d'elle, il établit une voie d'exécution sur les biens (*venditio bonorum*), avec laquelle notre loi française sur la faillite offre une frappante analogie. Rien ne s'opposait, au reste, à ce que les créanciers cumulassent ces deux moyens d'exécution.

Le droit prétorien ne s'occupe en aucune façon de l'exécution forcée des restitutions en nature; sans doute parce que, à l'époque où l'édit prétorien commença à devenir le droit pratique, la règle qui veut que toute *condamnation soit pécuniaire* avait déjà été adoptée pour toutes les actions, tant réelles que personnelles. — Toutefois, l'*aveu* (*confessio*) et la non-défense (*indefensio*) autorisant les mêmes voies d'exécution que la condamnation, sans pour cela convertir le droit réclamé en une créance pécuniaire, il pouvait se rencontrer encore des cas où le demandeur eût à recourir à l'exécution forcée pour une *restitution* en nature : les textes ne nous ap-

prennent pas comment un débiteur était contraint à ce genre de restitution.

§ 393. — 1° De l'exécution personnelle (*Duci jubere*).

L'exécution personnelle se maintint dans la pratique, non-seulement depuis que le droit prétorien eut introduit un moyen d'exécution direct sur les biens, mais encore fort avant sous l'empire et jusqu'aux plus modernes jurisconsultes classiques (1). C'était le principe de l'ancienne *manus injectio*, mais avec de notables adoucissements.

Le débiteur insolvable ne peut plus être tué ni vendu par ses créanciers (§ 160); mais il est encore adjugé au créancier (*addicitur*), emmené prisonnier dans la maison de celui-ci (*duci jubere*), qu'il est obligé de servir jusqu'à parfait payement de la dette. Pendant tout ce temps, il est assimilé à un esclave, mais il n'est point esclave : aussi, la dette une fois payée, recouvre-t-il la liberté et avec elle tous les priviléges de l'ingénuité (2).

Le créancier est obligé de le nourrir; mais le prisonnier peut recevoir du dehors les choses nécessaires à la vie : une action pénale est donnée contre le créancier qui s'y opposerait (3).

(1) Paul., *Sentent.*, V, 26, § 2. — Ulpian., L. 23, ff., *Ex quib. caus. major.*

(2) Quintil., *Instit. orat.*, V, 10, 60; VII, 3, 27. — Gaius, *Comm.* III, 189 et 199. — Loi de la Gaule cisalpine, ch. 21 et 22.

(3) Licin. Ruf., L. 34, ff., *de Re judic.*

§ 394. — II° Exécution sur les biens (*Missio in possessionem*, — *bonorum venditio*) (1). — Formes et effets de l'envoi en possession.

Le créancier ou les créanciers qui avaient obtenu une *condamnation*, ou dont le débiteur était *confessus* ou *indefensus*, et qui voulaient arriver à la vente de ses biens, devaient s'adresser au Préteur ou au président de la province. Ce magistrat,

---

(1) Cette vente des biens en masse paraît avoir été introduite par le Préteur *Publilius Rutilius*, le même probablement qui fut nommé consul en 649. D'autres la font dériver de la loi *Petilia*.

Dans tous les cas, ce ne fut pas là une institution entièrement nouvelle, mais bien plutôt une extension, aux créances privées, d'un système d'exécution qui paraît avoir existé très-anciennement, *au profit de l'État*, sur les biens des proscrits et des condamnés pour crimes (*publicis judiciis*), et dont il est souvent fait mention dans les classiques sous le nom de *bonorum sectio* et de *bonorum auctio*. (Tit.-Liv., XXXVIII, 58, 60.—Cicero, *pro Rosc. Amer.*, 29, 31, 33, 36 43, 51; *pro Rabir.*, 44; *in Verr.*, I, 20, 23 et passim. — Ascon., *in Verr.*, I, 20, 23. — Varro, *de Re rust.*, II, 10.)

Dans la *sectio bonorum*, les Questeurs du trésor étaient envoyés en possession des biens du condamné et les faisaient ensuite vendre en masse, *sub hasta*; mode de vente qui transférait immédiatement à l'adjudicataire (*sector*) la propriété quiritaire : en quoi la *bonorum sectio* différait beaucoup de la *bonorum venditio* prétorienne. (§ 397. — Cf. § 277 et § 278.)

Quant à la *bonorum auctio*, quelques auteurs pensent que c'était également une vente *sub hasta*, mais à *titre singulier*. C'est là un point qui ne semble pas encore bien éclairci.

après avoir vérifié la demande (*causa cognita*) (1), autorisait, par un décret, les créanciers à se mettre en possession de tous les biens du débiteur.

Cet envoi ne conférait point aux créanciers la possession juridique ; car ils étaient réputés détenir à titre conservatoire (*rei servandæ causa*), et pour le débiteur (*custodia*) (2) ; mais il constituait à leur profit le gage prétorien (3).

Le débiteur ne perdait donc ni la propriété, ni la possession juridique, par l'effet de la *missio*, mais seulement l'administration (4).

§ 395. — Continuation. — De la vente (*venditio*).

En général, la vente devait avoir lieu dans un bref délai, après l'envoi en possession. Toutefois, elle pouvait être remise à une époque plus

---

(1) C'est-à-dire après avoir vérifié l'existence de la sentence ou de l'aveu. (Loi de la Gaule cisalpine, ch. 22. — Gaius, *Comm.* III, § 78. — Julian., L. 18, ff., *Si servit.* — Ulpian., L. 8, ff., *Quib. ex caus. in poss. eat.*)

(2) Cette observation a été déjà faite plus haut, et nous avons vu que les créanciers avaient un interdit (non possessoire) et une action *in factum* pour protéger leur détention. (*Voy.*, ci-dessus, § 325, p. 358.)

(3) Ulpian., L. 26, ff., *de Pignor. act.* — Marcian., L. 35, *de Reb. auct. jud. poss.* — Cf., au Code, le titre de *Prætorio pignore.*

(4) Cicero, *pro Quint.*, 27. — Cet envoi en possession des créanciers ne semble-t-il pas le type du *dessaisissement* de nos faillis. (Cod. comm., art. 443.)

éloignée, et alors l'administration des biens était confiée à un curateur (*curator bonorum*) choisi par les créanciers et confirmé par le magistrat (1).

S'il n'y avait aucun motif particulier de reculer la vente, elle avait lieu de suite dans les formes suivantes.

On plaçait dans les lieux les plus fréquentés de la ville, des affiches indiquant la nature et l'importance des biens à vendre (*bonorum proscriptio*) (2). Trente jours après cette publication, quand il s'agissait des biens d'un vivant, et quinze jours après seulement, quand il s'agissait des biens d'un mort, le Préteur convoquait tous les créanciers connus, et leur ordonnait de choisir parmi eux un syndic (*magister*), auquel était confié le soin de vendre les biens (3). — Ce syndic dressait le cahier des charges, lequel contenait la description des biens et l'état des créanciers (4).

Après un nouveau délai de trente jours ou de vingt jours, suivant que le débiteur était vivant ou mort, les biens étaient adjugés en masse au plus

---

(1) Paul., L. 1, § 1, ff., *de Curat. bonor.* — Paul., L. 6, § 2, *Quib. ex caus. in poss. eat.* — Ce curateur ne ressemble-t-il pas singulièrement aux syndics provisoires de notre loi des faillites? (Cod. comm., art. 462.)

(2) Gaius, *Comm.* III, § 79. — Cicero, *pro Quint.*, *c.* 15.

(3) Gaius, *ibid.* — Ce *magister*, chargé de la vente, remplit le même rôle que nos syndics définitifs. (Cod. comm., art. 468 à 478.)

(4) Cet état des créanciers était indispensable, puisque, ainsi qu'on va le voir, l'adjudication avait lieu, non pour un

offrant (*addicuntur*) (1), c'est-à-dire à celui qui offrait de payer aux créanciers le plus fort dividende.

Gaius nous apprend pourquoi les délais de la vente étaient plus longs pour le débiteur vivant que pour le débiteur mort : c'est qu'on voulait laisser au vivant le temps de chercher les moyens de conserver ses biens, soit en payant ses créanciers, soit en entrant en arrangement avec eux (2).

Bien qu'il n'y ait à ce sujet aucun document positif, il est évident que les créanciers devaient être *forclos*, quand ils ne s'étaient pas fait connaître assez à temps pour que le syndic les portât sur l'état des créances : il fallait bien, en effet, que l'adjudicataire, qui offrait *tant pour cent* aux créanciers, sût à quoi s'en tenir sur le montant total des dettes. — Les créanciers étaient avertis

---

prix déterminé, mais moyennant l'offre faite par l'adjudicataire de payer *tant pour cent* à chacun des créanciers. —Tout porte à penser que le magister *vérifiait*, au moins sommairement et provisoirement, les créances : ce qui est un trait de ressemblance de plus avec nos syndics. (Cod. comm., art. 491 et suiv.) Mais, comme on va le voir, l'admission des créanciers sur l'état dressé par le syndic ne liait pas l'adjudicataire.

(1) Gaius, *ibid.* — Cicero, *pro Quint.*, 15; *ad Attic.*, I, 1; VI, 1. — Quintil., *Instit. orat.*, VI, 3, § 51.

(2) Gaius, *Comm.* III, § 79. — Sénèque, *de Beneficiis*, IV, 12, cite un exemple d'un tel arrangement : «Spondeo «pro judicato et suspensum amici bonis libellum dejicio, «creditoribus ejus me obligaturus.» — C'était un véritable concordat.

de se présenter, par les affiches qui restaient apposées pendant trente et peut-être soixante jours (1).

§ 396. — Continuation. — Effets de la vente par rapport au débiteur.

La vente en masse, en faisant perdre au débiteur tous ses biens, ne le libérait point de ses dettes, sinon, bien entendu, pour la partie qui se trouvait payée par l'*emtor bonorum* (2). Toutefois, tant qu'il n'avait point acquis des biens nouveaux, le Préteur le défendait contre toute poursuite, au moyen d'une exception.

Cette exception n'était, au surplus, accordée qu'aux débiteurs auxquels on ne pouvait reprocher aucune fraude; car le débiteur frauduleux pouvait être poursuivi par voie d'exécution personnelle (3).

Quant aux biens nouveaux que le débiteur aurait acquis depuis la vente, ils pouvaient devenir l'objet d'une vente nouvelle, et ainsi de suite, jusqu'à payement intégral de tous les créanciers (4).

Le débiteur dont les biens avaient été ainsi ven-

---

(1) De même, chez nous, les créanciers sont avertis, par la voie des journaux, de présenter leurs titres.

(2) Notre loi des faillites est beaucoup plus douce; car elle libère le failli, quelque faible dividende qu'aient reçu ses créanciers, et quelque fortune qu'il ait depuis acquise.

(3) Venul., L. 25, § 7, ff., *Quæ in fraud. cred.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 155.

dus était noté d'infamie, et perdait ses droits politiques (1).

§ 397. — Continuation. — Effets de la vente par rapport à l'acheteur.

La vente des biens établissait une transmission universelle de tous les biens, droits et actions du débiteur sur la tête de l'acheteur; aussi considérait-on la vente comme une sorte de *succession* (2).

L'acquéreur n'obtenait pas immédiatement, cependant, la propriété *quiritaire* des biens adjugés, mais seulement l'*in bonis* qui se convertissait en domaine *quiritaire* au moyen de l'usucapion (3).

Divers moyens juridiques étaient accordés à l'acheteur, pour faire valoir ses droits sur les biens adjugés. — S'agissait-il d'une contestation intéressant l'universalité, il avait l'interdit *possessorium.* (§ 332.) — S'agissait-il soit de revendiquer des objets particuliers, soit de poursuivre les débiteurs, l'acheteur pouvait agir par l'action *servienne* dans laquelle on feint qu'il est héritier, ou

(1) Gaius, *Comm.* II, § 154.—Constantin., L. 3, C. Theod., *de Inof. Testam.*— Pareillement, notre failli perd ses droits politiques ; il est exclu des bourses de commerce, etc.

(2) Cicéron, *pro Quintio*, c. 15, assimile cette vente à la mort du débiteur (*funus*); c'était en effet une sorte de mort civile.

(3) Gaius, *Comm.* III, §§ 80 et 81. *Voyez* ci-dessus, § 277, la distinction de ces deux espèces de propriété. — Ceci confirme ce qui a été dit plus haut, que le droit civil ne reconnaissait pas au magistrat le droit de transférer la propriété civile ou quiritaire.

par l'action *rutilienne* dans laquelle l'*intentio* est libellée au nom du débiteur, et la condamnation au profit de l'acquéreur. (*Voy*. ci-dessus, page 30.)

Quant aux créanciers du débiteur exproprié, l'acheteur était personnellement tenu de leur payer le dividende formant le prix de l'adjudication. L'acheteur n'était pas toutefois tenu de reconnaître pour créanciers toutes les personnes comprises dans l'état dressé par le *magister*. Il ne pouvait contester, il est vrai, les droits qui avaient été antérieurement reconnus contradictoirement avec le débiteur; mais il pouvait opposer aux autres tous les moyens de défense qu'aurait pu opposer le débiteur lui-même (1).

§ 398. — Continuation. — Droits des diverses classes de créanciers.

Les créanciers ordinaires obtenaient une action directe et personnelle contre l'*emtor*, jusqu'à concurrence du dividende par lui offert.

Quant aux créanciers ayant un droit de gage ou d'hypothèque, ils pouvaient, soit pendant la procédure de vente, soit même après l'adjudication consommée, revendiquer le gage au moyen de l'action hypothécaire ; sauf à l'acheteur le droit de le retenir en payant intégralement. Ainsi, la vente des biens ne purgeait pas les hypothèques.

En se rappelant que lès Romains n'ont jamais connu la publicité des hypothèques, on comprend

(1) Gaius, *Comm*. IV, § 65.

aisément que l'achat en masse des biens était une opération fort chanceuse, et que, par un contre-coup inévitable, les biens vendus de cette manière devaient en général être adjugés à vil prix.

Le danger, et par conséquent les inconvénients qui en étaient la suite augmentèrent encore singulièrement; quand plus tard les Empereurs eurent introduit le cahos des créances privilégiées et des hypothèques privilégiées. Telle fut peut-être la raison qui fit peu à peu tomber en désuétude la vente en masse des biens.

## CHAPITRE TROISIÈME.

### EXÉCUTION FORCÉE SOUS LES EMPEREURS.

§ 399. — Introduction.

Les voies d'exécution, décrites dans le chapitre précédent, continuèrent à subsister bien avant sous l'empire; mais plusieurs innovations tendirent à en rendre l'usage moins fréquent : on veut parler ici de la *cession de biens*, de la vente *de biens en détail* et de la *pignoris capio*.

§ 400. — I° De la cession de biens (1).

Le bénéfice de cession de biens fut introduit dans

(1) Voy., au Digeste, le titre *de Cessione bonorum;* au C.

le droit romain par une loi Julia qui peut être attribuée soit à J. César, soit à Auguste.

La cession n'était soumise à aucune forme solennelle; il n'était même pas nécessaire qu'elle fût faite en justice (1). — Par l'effet de cet abandon volontaire, les créanciers se trouvaient dans une position analogue à celle où les aurait placés l'envoi en possession : ils n'acquéraient ni la propriété ni la possession juridique des biens cédés, mais seulement le droit de les conserver et de les vendre. La vente avait lieu, du reste, dans les mêmes formes et dans les mêmes délais que dans le cas d'envoi en possession (2).

Comme la *venditio bonorum*, la cession ne libérait le cédant que jusqu'à concurrence du dividende payé aux créanciers par l'adjudicataire; en sorte qu'après la cession consommée, rien ne s'opposait à ce que les créanciers exerçassent de

---

théodosien, le titre *Qui bonis ex lege Julia cedere possunt*, et au C. de Justinien, le titre *Qui bonis cedere possunt*.

(1) Marcian., L. 9, ff., *de Cessione bonor.* — Théod., L. 2, C. Théod., *Qui bonis ex lege Jul.*—Dans la vue d'empêcher l'abus qu'on pourrait en faire, on a, chez nous, cru devoir assujettir la cession de biens à une forme humiliante, la comparution en personne, du cédant, à l'audience publique du tribunal de commerce de son domicile. La cession est, en outre, rendue publique par l'insertion dans un tableau placé dans la salle d'audience. (C. pr., art. 901 et suiv.)

(2) Gaius, *Comm.* III, § 78.— Philip., L. 2; Valer., Gal. et Valer., L. 3; Diocl. et Maxim., L. 4, et L. 5, C., *Qui bonis cedere poss.*

nouvelles poursuites sur les biens acquis postérieurement par le cédant (1).

Mais la cession n'en procurait pas moins au cédant de notables avantages. — 1° Elle le mettait à l'abri de la contrainte personnelle (2). — 2° Elle faisait que la vente des biens n'entraînait plus l'infamie (3). — 3° Enfin, le débiteur ne pouvait être poursuivi sur les biens acquis depuis la cession que *in quantum facere potest* : c'est-à-dire, en conservant ce qui lui était nécessaire pour vivre : ce que les modernes appellent *bénéfice de compétence* (4).

En présence de tels avantages, on se demande comment tous les insolvables ne s'empressaient pas de faire cession de biens, et comment la contrainte personnelle et la *venditio bonorum* n'étaient pas complétement tombées en désuétude. Cela tient, sans doute, à ce que le bénéfice de cession n'était pas accordé à tous les insolvables indifféremment, mais seulement à ceux auxquels on ne pouvait reprocher aucune fraude et qui se trouvaient réduits à ce triste état par suite de malheurs (5).

---

(1) Alexand., L. 1, C., *Qui bon. ced.* — Même règle dans notre Code, art. 1270.

(2) Alexand., d., L. 1, C., *Qui bon. ced.* — C. civ., art. 1270.

(3) Alexand., L. 11, C., *Ex quib. caus. infam.*

(4) § 40, inst., *de Actionib.* — Ulpian., L. 4 et 6, ff., *de Cess. bonor.* — Théodos., L. 6, C., *Qui bon. ced.* — Ce bénéfice n'est pas admis par notre C. civ. (art. 1270).

(5) Gratian., Valent. et Théod., L. 1, C. Théod., *Qui bon. ex lege Julia.*

§ 401. — II° Vente en détail.

Les conséquences si rigoureuses de la *venditio bonorum* tenaient principalement à ce que l'adjudication en masse de tous les biens du débiteur semblait ouvrir sa succession de son vivant, circonstance qui était de nature à le faire considérer comme n'ayant plus une existence légale.

Pour soustraire les débiteurs de l'ordre sénatorial à l'infamie attachée à ce mode de vente, un sénatus-consulte décida qu'aux insolvables de ce rang serait nommé un curateur aux biens, qui vendrait les biens en détail et satisferait les créanciers avec le prix provenant de cette vente (1).

Quoique, de cette manière, le débiteur parût conserver tous ses droits, il ne pouvait cependant intenter aucune action, à raison de ceux qui lui avaient appartenus avant la nomination du curateur (*ex ante gesto*) (2).

§ 402. — III° *Pignoris capio* nouvelle (*Pignus ex causa judicati captum*) (3).

Cette voie d'exécution (*pignus ex causa judicati captum*) introduite sous les Empereurs, d'abord pour les créances du fisc, étendue ensuite aux

(1) Gaius, L. 5, et Neratius, L. 9, ff., *de Curat. furios.*

(2) Papirius Just., L. 4, ff., *de Curat. bonor.*

(3) *Voy.* au Code le titre : *Si in causa judicati pignus captum sit.*

créances privées (1), ne doit pas être confondue avec l'ancienne *pignoris capio* des actions de la loi ; quoiqu'elle n'en soit peut-être qu'une extension ou une imitation. Elle avait lieu de la manière suivante.

Sur la production de la sentence ou la justification de l'aveu, le magistrat faisait saisir, par ses appariteurs (*apparitores*), non tous les biens du débiteur, mais seulement la portion de ces biens nécessaire pour procurer payement au créancier. — Cette saisie portait d'abord sur les meubles, puis sur les immeubles, enfin, en dernier lieu, sur les créances (2). — Elle créait au profit du saisissant un droit d'hypothèque (3). — Après un délai de deux mois, les objets saisis étaient vendus par les appariteurs et le créancier payé sur le prix. L'excédant était remis au débiteur (4). — S'il ne se présentait pas d'acheteur, l'objet pouvait être adjugé au saisissant (5).

---

(1) Paul., L. 9, § 6, ff., *ad leg. Juliam Peculat.*—Ulpian., L. 15, § 2 ; Callistrat., L. 31, ff., *de Re judicat.* — Anton., L. 2, C., *Qui potior.* — Sever et Anton., L. 1, L. 2 et L. 3, C., *de Exsec. rei judic.*

(2) Ulpian., L. 15, § 2 et 8, ff., *de Re judicat.*

(3) Ulpian., L. 15, § 3 et 6, ff., *de Re judic.* —Callistr. L. 31, *eod. tit.* — Ulpian., L. 50. — Hermogenian., L. 74, § 1, ff., *de Evictionib.*— Sever et Anton., L. 1, L. 2 et L. 3, C., *de Executione rei judicatæ.*

(4) Antonin., L. 1, C., *Si in causa judic. captum.* — *Idem*, L. 2, C., *Qui potior.*

(5) Alexand., L. 2 et Gordian., L. 3, C., *Si in causa judic pign. capt.*

On voit qu'entre la *pignoris capio* et nos saisies mobilières et immobilières, il y avait une analogie égale à celle que nous avons signalée plus haut, entre la *venditio bonorum* et notre procédure de faillite.

Mais nos saisies spéciales et notre procédure de faillite s'appliquent à des situations très-nettement tranchées; et, généralement, c'est chose facile que de distinguer les cas dans lesquels il faut recourir soit à l'une, soit à l'autre voie. Nous ne connaissons pas bien, au contraire, dans quels cas les Romains, du temps de l'empire, employaient la *pignoris capio*, dans quels autres la *venditio bonorum*. Mais la nature des choses doit faire penser que l'on employait la *venditio bonorum* toutes les fois que la déconfiture était notoire ou qu'il se présentait plusieurs créanciers; et que l'on recourait à la *pignoris capio*, quand il s'agissait seulement de triompher de la mauvaise volonté d'un débiteur solvable.

## CHAPITRE QUATRIÈME.

### EXÉCUTION FORCÉE SOUS JUSTINIEN.

#### § 403. — Introduction.

Nous retrouvons dans le plus nouveau droit de la compilation justinienne, les modes d'exécution

précédemment décrits : les uns conservés presque intacts, les autres singulièrement altérés.

L'ancien principe que toute condamnation doit être pécuniaire ayant complétement disparu (1), il était devenu nécessaire de pourvoir à l'exécution forcée en nature.

L'aveu judiciaire est encore assimilé à la condamnation ; mais non plus l'*absence de défense* (*indefensio*), à cause des principes nouveaux sur la contumace. (§ 249.)

§ 404. — I° Contrainte personnelle.

Il est encore fait mention de la contrainte personnelle par l'emprisonnement du débiteur. Toutefois, ce n'est plus vraisemblablement l'ancienne détention privée chez le créancier, mais bien l'incarcération dans une prison publique (2).

§ 405. — II° Cession de biens (*voy.* § 400).

La cession de biens a conservé tous ses anciens caractères : elle garantit l'insolvable de l'infamie et de la contrainte personnelle (3).

Justinien ne reproduit pas la disposition du Code Théodosien, au sujet de la distinction entre l'insolvable malheureux et celui auquel on peut

---

(1) § 32, Instit., *de Actionib.*

(2) *Voy.*, au Code, le titre *de Privatis carceribus inhibendis*, et Justinian., L. 23, C., *de Episcop. audient.*

(3) Alexand., L. 1 et Justinian., L. 8, C., *Qui bon. cedere poss.*

reprocher des fraudes. Malgré ce silence, on doit croire que l'ancienne règle était encore suivie; autrement les autres modes d'exécution n'auraient presque jamais trouvé d'application.

§ 406. — III° *Pignoris capio* (*voy.* § 402).

La *pignoris capio* (§ 402) paraît être devenue la voie ordinaire d'exécution pour les condamnations qui consistent en une somme d'argent à payer. Elle remplace, en général, l'ancienne procédure par *missio in possessionem* et *venditio bonorum*. (§§ 394 et 395).

On ne voit pas que les formes de la *pignoris capio*, dans la compilation de Justinien, diffèrent de celles qui étaient suivies dans les temps antérieurs.

§ 407. — IV° Formes nouvelles de la *missio in possessionem* (*Distractio bonorum*).

On retrouve encore, dans le plus nouveau droit, la *missio in possessionem* des biens du débiteur; mais les caractères primitifs si saillants de l'ancienne *missio*, avec vente des biens en bloc, avec succession de l'acheteur *in universum jus debitoris*, ont presque entièrement disparu.

I. Ainsi la *missio*, qui, dans la pureté primitive du droit prétorien, comprenait toujours l'universalité des biens du débiteur, quels que fussent d'ailleurs le nombre des créanciers et l'importance des créances, n'est plus accordée mainte-

nant, du moins en général, que sur la partie des biens nécessaire pour acquitter la dette (1).

II. L'envoi en possession de l'universalité des biens du débiteur (*in omnia bona*) n'a plus lieu qu'exceptionnellement, lorsque le débiteur s'est laissé condamner par *contumace*, qu'il se présente plusieurs créanciers et que le passif excède l'actif: en d'autres termes, quand la fuite du débiteur et la multiplicité des poursuites annoncent suffisamment la déconfiture, ou ce que nous appelons chez nous l'état de faillite.

Les créanciers poursuivants doivent faire préalablement reconnaître leurs créances en justice. — Si, au moment où commence la poursuite, nul créancier n'est encore reconnu, les premiers font vérifier leurs créances contre le débiteur défaillant: ce qui est rendu possible, à l'époque dont nous nous occupons, par la procédure sur la contumace (§ 249); puis ils se font mettre en possession. — Quant aux créanciers qui ne se sont pas présentés au commencement de la poursuite, ils ne sont pas forclos pour cela : il leur est au contraire accordé, selon les cas, un délai de deux ou

---

(1) Leo, L. 6, § 4, C., *de His qui ad eccles.* : « ... *usque ad modum debiti* bonorum ejus sive prædiorum traditio sive venditio celebretur... » — Cf. Novell. LIII, *c.* 4, § 1. — Sous ce rapport, la *missio in possessionem* se rapproche beaucoup de la *pignoris capio*. Il reste, toutefois, cette différence, que dans la *missio* la détention réelle est accordée au créancier.

quatre ans, après lequel seulement la forclusion est encourue. Les créanciers qui se présentent dans le délai sont tenus de faire vérifier leurs droits contradictoirement, soit avec les créanciers déjà en possession, soit avec le *curator bonorum* (1).

Après l'expiration de ces longs délais, le juge ordonne la vente. Elle ne s'opère plus, comme autrefois, au moyen d'une adjudication en bloc à un acquéreur qui s'oblige à payer tant pour cent aux créanciers; mais en détail (*distractio*), comme cela se pratiquait dans l'époque précédente, pour les débiteurs de rang sénatorial, c'est-à-dire par un curateur (2).

Quelques précautions sont prises pour que la vente soit faite à des conditions convenables : il doit en être dressé procès-verbal; et le curateur doit jurer qu'il a vendu au meilleur prix possible (3).

Le juge procédait ensuite à la distribution des deniers entre les divers créanciers, opération qui, eu égard à la complication des priviléges, devait entraîner bien des lenteurs et bien des difficultés (4).

Les tiers qui avaient à revendiquer des corps certains mal à propos confondus dans l'actif du failli, et les créanciers hypothécaires pouvaient sans doute intervenir pour revendiquer soit leur propriété, soit leur gage. Justinien ne le dit pas; mais

---

(1) Justinian., L. 10, C., *de Bonis auct. jud. possid.*
(2) Justinian., d. L. 10, § 1.
(3) Justinian., d., L. 10, § 1.
(4) Justinian., L. 8, C., *Qui bon. ced. poss.*

il n'y a aucune raison de penser qu'il ait voulu s'écarter des principes antérieurs à cet égard.

§ 408. — V° Exécution forcée pour le cas de restitution en nature.

Depuis que les condamnations n'étaient plus exclusivement pécuniaires, il pouvait y avoir lieu souvent à faire opérer, par la force, la restitution en nature. Cela avait lieu par le ministère des officiers du juge, soit qu'il s'agît d'une restitution ordonnée à la suite d'une action réelle, soit même qu'à la suite d'une action personnelle, le défendeur eût été condamné à transférer la propriété au demandeur (*dare*) (1).

(1) Telles sont les conséquences de la loi 68, ff., *de Rei vindicat.;* soit que cette loi n'ait pas été altérée, soit qu'elle ait été interpolée. (*Voy.* §§ 177 et 278.)

# LIVRE SEPTIÈME.

## PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES OU DE MAUVAISE FOI.

### § 409. — Notions générales.

Les procès sont un mal sans doute, et il est bon d'en restreindre le nombre en punissant ceux qui soutiennent une prétention injuste. Toutefois, c'est là une matière fort délicate. La justice humaine est si incertaine, et le gain des procès tient quelquefois à si peu de chose, que la sévérité peut bien souvent n'être qu'injustice, et la rigueur de la loi ne faire qu'aggraver l'erreur du juge. D'ailleurs, si les peines sont légères, elles n'arrêteront personne; si elles sont très-fortes, elles auront le grave inconvénient d'interdire souvent aux hommes pauvres ou timides l'accès de la justice; parce que, quelque confiance qu'ils puissent avoir dans leur bon droit, ils aimeront mieux y renoncer que de s'exposer, sur la foi d'un juge sujet à erreur, au double danger de la perte du procès et des rigueurs de la loi.

Je ne connais pas une seule législation où cette matière ait été réglée d'une manière que la justice et la raison puissent avouer (1).

(1) En France, les peines contre les plaideurs téméraires se trouvent naturellement dans la condamnation aux frais; car les frais, quoique constituant la réparation d'un pré-

J'ai déjà eu l'occasion de signaler les rigueurs extravagantes du droit impérial contre les appe-

---

judice, bien plus qu'une peine proprement dite, opèrent cependant, au point de vue pratique, comme le pourrait faire une peine. Dans certaines procédures, aux frais de justice vient se joindre le danger d'une *amende* à payer à l'État par celui qui succombe. Rien d'ailleurs de moins satisfaisant que cette partie de notre législation.

L'*appelant* téméraire est puni d'une amende de 10 francs, quelle que soit la valeur du litige : c'est là une peine tout à fait insignifiante et qui ne saurait jamais arrêter personne.

Pour le recours en cassation, on est tombé dans l'excès contraire. Le demandeur est tenu de consigner une amende de 165 francs, qui est perdue pour lui, soit que le pourvoi soit rejeté par la chambre des requêtes, soit que le demandeur se désiste. Cela est rigoureux, mais non irrationnel. — En est-il de même de ce qui suit? Si le pourvoi est admis et le débat contradictoire autorisé devant la chambre civile, il semblerait qu'on dût immédiatement ordonner la restitution de l'amende; car un pourvoi, jugé admissible par une section de la Cour, n'est certes pas un pourvoi téméraire; voilà ce que dit le bon sens. Voici maintenant ce que dit le règlement. Le demandeur, dont le pourvoi est rejeté par la chambre civile, non-seulement ne recouvre pas l'amende consignée, mais il est condamné à une seconde amende égale à la première; et la règle est inflexible. Elle s'applique au rejet prononcé à la majorité d'une voix, ou même après partage, tout aussi bien qu'à celui qui est prononcé à l'unanimité. De telle sorte qu'on punit souvent, comme téméraire, un pourvoi qui avait pour lui toute la chambre des requêtes et la moitié, *moins un*, des magistrats de la chambre civile, c'est-à-dire *vingt-cinq voix contre neuf*. — Ce résultat rigoureux et irrationnel tient à ce qu'on suit, encore aujourd'hui, le règlement du 28 juin 1738, fait pour l'ancien Conseil du Roi. Or, l'examen préala-

lants malheureux (1), et les inconvénients des *sponsiones* par lesquelles le plaideur romain pouvait doubler ou tripler les dangers ordinaires des procès (2).

Cette matière semblerait cependant pouvoir être réglée par des principes assez simples. Que la loi sévisse avec rigueur contre le plaideur que le juge reconnaît avoir agi de *mauvaise foi*, rien de mieux; et l'indulgence seule pourrait être à blâmer. Mais, quand le plaideur sera de bonne foi; quand, par exemple, sur la foi d'une jurisprudence qu'il devait croire fixée, il aura soutenu une thèse de droit sur laquelle la jurisprudence vient ensuite à changer, y a-t-il justice à le punir? Le juge ne devrait-il pas avoir, dans tous les cas, le pouvoir de déclarer *excusable* le plaideur qui succombe, et de le dispenser des peines qui ne devraient atteindre que la mauvaise foi ou l'imprudence grossière?

§ 410. — Peines contre le demandeur. (*Judicium calumniæ.* — *Judicium contrarium.* — *Serment.* — *Restipulatio.*)

Gaius énumère quatre sortes de peines ayant pour

---

ble, *si approfondi*, auquel se livre aujourd'hui la chambre des requêtes sur le *mérite intrinsèque* des moyens de cassation proposés, n'était guère, dans l'ancien Conseil, qu'une affaire de *pure forme*. Ainsi, l'*admission* du pourvoi, qui aujourd'hui devrait suffire pour justifier le demandeur en cassation de tout reproche de témérité, pouvait et devait être considérée autrefois comme laissant entière cette question de témérité.

(1) *Voy.*, ci-dessus, § 382.

(2) *Voy.*, ci-dessus, pag. 438 et 439.

objet de réprimer la témérité ou la mauvaise foi du demandeur : le *judicium calumniæ*, le *judicium contrarium*, le *serment*, et la *restipulation* (1).

*I. Judicium calumniæ.* — *Calumnia* indique l'esprit de chicane qui porte un plaideur à soutenir un procès injuste, dans le but de vexer son adversaire. Le *judicium calumniæ* est donc une instance reconventionnelle, dirigée par le défendeur contre le demandeur, sous le prétexte, ou sur le motif, que celui-ci agit par esprit de chicane. Au moyen

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 174.— Parmi les peines contre les demandeurs téméraires, on range habituellement la *perte du procès* encourue par celui qui demande PLUS qu'il ne lui est dû (*plus-petitio.*) — A ne s'attacher qu'au résultat pratique, cette manière de considérer la *plus-petitio* est vraie. Est-il, en effet, un moyen plus efficace d'obliger le demandeur à restreindre sa demande dans les limites de la vérité, que de le menacer de la perte totale du procès, dans le cas où sa demande serait trouvée exagérée? — Mais, au point de vue théorique et historique, il n'est pas exact de dire que la perte du procès pour *plus-pétition* soit une *peine :* c'est tout simplement une conséquence logique du système formulaire. En effet, d'après l'économie de la formule, le juge ne doit condamner le défendeur qu'autant que la prétention du demandeur (*intentio*) est pleinement justifiée (*si paret...*). Par exemple, si Agerius prétend que Negidius lui doit cent, la formule sera ainsi conçue : « *Si paret Negidium* « *Agerio centum dare oportere ; judex Negidium Agerio cen*« *tum condemna ; si non paret, absolve.* » Maintenant, supposons qu'Agerius prouve seulement qu'il lui est dû 90 : le juge devra nécessairement absoudre Negidius ; car la condition *si paret Negidium Agerio centum dare oportere* est aussi bien défaillie, quand il n'appert qu'une dette de 90,

de cette instance, le défendeur, absous de l'action principale, obtenait contre le demandeur une condamnation égale au dixième de la demande. Pour les interdits, la peine était du quart. Gaius nous apprend que le *judicium calumniæ* pouvait être réclamé par le défendeur contre toutes espèces d'actions (*adversus omnes actiones*) (1).

---

que s'il n'apparaissait d'aucune dette. Ce qui vient d'être dit de la plus-pétition *Re*, s'applique, avec une égale raison, à la plus-pétition *Tempore, Loco, Causa* (§ 33, Instit., *de Action.*).

Il est évident, au surplus, que le danger de la plus-pétition ne pouvait se présenter que dans les procès où la demande était déterminée (*intentio certa*), et non dans ceux où la prétention du demadeur était exprimée d'une manière indéterminée : QUIDQUID *paret Negidium Agerio dare oportere.* (Gaius, *Comm.* IV, § 54.) — Nous avons dit, dans le cours de cet ouvrage, dans quels cas l'*intentio* était *certa* ou *incerta*. (*Voy.* notamment § 289.)

La *moins-pétition* ne pouvait entraîner les mêmes dangers ; car celui qui n'a demandé que 100, et qui prouve qu'il lui est dû 120, satisfait surabondamment à la condition : *si paret centum dare oportere.* Mais comme le juge ne peut excéder les limites de la formule, le demandeur n'obtiendra condamnation que pour la somme comprise dans l'*intentio;* sauf à demander, plus tard, le surplus, sous une autre préture. (*Voy.* ci-dessus, pag. 327, ce qui est dit de l'*exceptio rei dividuæ.*)

L'exagération dans la *condemnatio* de la formule n'entraînait aucun danger pour le demandeur. (Gaius, *Comm.* IV, § 57.)

Quant à l'exagération dans la *demonstratio*, elle était sans danger ou périlleuse, selon que la *demonstratio* et l'*intentio* étaient séparées ou confondues (Gaius, *Comm.* IV, §§ 58, 59 et 60.—*Voy.*, ci-dessus, § 174.)

(1) Gaius, Comm. IV, § 178.

La paraphrase de Théophile semble dire que le défendeur pouvait réclamer le *judicium calumniæ*, soit pendant le litige principal, soit après (1). Mais le texte de Gaius nous paraît dire assez nettement le contraire : « Liberum est illi cum quo agitur aut « calumniæ judicium *opponere*, aut jusjurandum « exigere, *non calumniæ causa agere* » (2).

L'instance *calumniæ* avait sa base juridique dans une promesse que le défendeur était en droit d'exiger du demandeur et par laquelle celui-ci promettait, à titre de peine, une somme égale au dixième ou au quart du litige, s'il était ultérieurement jugé qu'il avait agi par esprit de chicane (3).

II. *Jusjurandum calumniæ.* — Au lieu de la promesse dont il vient d'être question, le défendeur pouvait se borner à exiger du demandeur le serment qu'il n'actionnait pas, par esprit de chicane (4). Ce serment était plutôt une garantie qu'une peine proprement dite : son efficacité, comme moyen préventif, dépendait de la moralité du demandeur.

L'action et le *serment calumniæ* se référaient à un demandeur de mauvaise foi : « Nam calumniæ « judicio nemo damnatur nisi qui intelligit non

---

(1) Théophil., ad § 1, Inst., *de Pœn. tem. litigant.*

(2) Gaius, Comm. IV, § 176. — Cf. Diocl. et Max., *in consult. vet. jurisc.* (Page 400 du recueil que nous avons publié M. Blondeau et moi.)

(3) Diocl. et Max. *in consult. vet. jurisc.*, loc. cit.

(4) Gaius, Comm. IV, § 179 et 181.

« recte se agere, sed vexandi adversarii gratia ac« tionem instituit, potiusque ex judicis errore vel « iniquitate, victoriam sperat, quam ex causa veri« tatis » (1). — Le *contrarium judicium* et la *restipulatio* pouvaient, au contraire, être invoqués même contre le demandeur de bonne foi; mais leur application était bien moins générale que celle des deux peines précédentes.

III. *Judicium contrarium.* — C'était une instance reconventionnelle, dirigée par le défendeur contre le demandeur, et qui avait pour but de faire condamner celui-ci, tantôt au dixième, tantôt au cinquième de la demande originaire. L'instance contraire ne pouvait être opposée que dans un nombre de cas très-limité, savoir : contre l'action d'injure; contre celle par laquelle on attaquait une femme, envoyée en possession *ventris nomine*, en soutenant qu'elle avait frauduleusement transporté la possession à un autre; enfin contre l'action par laquelle l'envoyé en possession, à un titre quelconque, prétendait qu'il avait été empêché d'y entrer (2).

IV. *Restipulatio.* — La restipulation n'avait aussi lieu que dans certains cas déterminés (3). Elle correspondait à la sponsion pénale du demandeur, ainsi que nous l'avons vu plus haut, en traitant de la procédure des interdits. (§§ 351 et 352.)

V. Puisque le *judicium contrarium* et la *restipulatio*

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 178.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 177.
(3) Gaius, *Comm.* IV, § 180.

n'étaient applicables qu'à des hypothèses spéciales, il est évident que le défendeur n'avait pas toujours le choix entre les quatre moyens dont on vient de parler. Mais, dans les cas où il y avait lieu soit au *judicium contrarium*, soit à la *restipulatio*, il pouvait recourir de préférence soit au serment, soit au *judicium calumniæ* (1).

§ 411. — Peines contre le défendeur. (*Sponsio. — Condamnation au double. — Serment. — Infamie.*)

La témérité des défendeurs était pareillement réprimée de plusieurs manières.

I. *Sponsio.* — Il a été déjà question, en traitant des interdits, de la sponsion que le demandeur pouvait, en certains cas, exiger du défendeur, et qui ajoutait au danger de perdre le procès, celui de payer la peine stipulée en la sponsion. (§§ 351 et 352.)

II. *Condamnation au double.* — Nous avons déjà pareillement vu que, dans certains procès, lorsque le défendeur niait la dette, *in jure*, la condamnation était portée au double (*lis inficiando crescit*). Cela avait lieu pour l'action *judicati*, l'action *depensi*, l'action de la loi *aquilia*, l'action *quod legatorum*, à raison du legs *per damnationem* (2).

III. *Serment.* — Quand il n'y avait lieu ni à la

(1) Gaius, *Comm.* IV, §§ 179 et 181.

(2) *Voy.*, ci-dessus, § 299. — Gaius, dans le texte, tronqué il est vrai, où il traite ce sujet, ne parle que des actions qui croissent au double : ne faut-il pas considérer de même les actions qui croissent au quadruple?

sponsion, ni à la condamnation au double, et qu'il ne s'agissait pas d'ailleurs d'une action pénale, le demandeur pouvait exiger que le défendeur jurât qu'il ne se défendait pas par esprit de chicane (*jusjurandum de calumnia*) (1).

IV. *Infamie.* — Dans certaines actions le défendeur condamné encourait la note d'infamie. Telles étaient l'action de *vol*, de *rapine*, d'*injure*, de *dol*, les actions directes de *tutelle*, de *dépôt* ou de *mandat*, et l'action *pro socio*. — Les actions de *vol*, de *rapine* et d'*injure* étaient infamantes, alors même que le défendeur évitait la condamnation en *transigeant*; car ces actions reposaient sur un délit que la transaction ne pouvait effacer. Les autres n'étaient infamantes que s'il intervenait condamnation (2).

§ 412. — Peines des plaideurs téméraires sous Justinien.

Au temps de Justinien, la plupart des peines énumérées dans les deux paragraphes précédents étaient tombées en désuétude, ou avaient changé de caractère. La témérité des plaideurs se trouvait réprimée par le serment, la condamnation au double, l'infamie et la condamnation aux frais (3).

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, §§ 172 et 173.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 60, 182.—Cf. Ulpian., L. 1, ff. *de Sepulch. viol.*—Alexand., L. 12, C., *Ex quib. caus. infam.* et Ulpian., L. 15 et L. 17, ff., *de His qui notantur.*

(3) *Voy.* aux Institutes, le titre *de Pœna temere litigantium.*

I. Le serment est maintenant exigé de tout plaideur. Demandeur et défendeur doivent jurer, le premier qu'il n'agit pas, le second qu'il ne résiste pas, par esprit de chicane (1).

Les avocats des parties sont aussi assujettis à un serment dont voici la substance : « Quod omni quidem virtute sua omnique ope, quod verum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurabunt : nihil studii reliquentes, quod sibi possibile est : non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit, vel penitus desperata, et ex mendacibus allegationibus composita, ipsi scientes prudentesque mala conscientia liti patrocinabuntur : sed et si certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, a causa recedent, ab hujusmodi communione sese penitus separantes » (2).

II. La condamnation au double et l'infamie ont lieu dans les mêmes actions qu'autrefois, avec de légères modifications. Ainsi, notamment, la condamnation au double dans le cas du legs *per damnationem*, se trouve transportée aux legs faits aux églises (3).

III. Sous la république, les procès n'entraînaient aucuns frais proprement dits, puisque le ministère du magistrat, celui du juge et celui des avocats étaient gratuits.

(1) § 1, Instit., *h. t.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 4, C., *de Fruct. et lit. exp.*

(2) Justinian., L. 14, § 1, C., *de Judic.*

(3) Justinian., L. 46, § 7, C., *de Episcop. et cleric.*

Il en fut autrement au temps de l'empire. Sous les Empereurs chrétiens principalement, il est souvent question des frais du procès (*sportulæ necessariæ. Litium impensæ*). On ne sait pas, et il serait d'ailleurs plus curieux qu'utile de rechercher en quoi consistaient ces frais.

Le principe que la partie qui succombe doit payer les frais se trouve déjà dans Papinien (1). Il se trouve reproduit dans diverses constitutions de Valentinien, d'Honorius et de Théodose (2).

Le droit de Justinien présente deux exceptions. La première résulte d'une constitution de Zénon, adoptée par Justinien : le plaideur de bonne foi, qui a plaidé sur un point vraiment douteux, ne doit pas être condamné aux frais; et, alors, chaque partie supporte les dépens qu'elle a faits (3). — La seconde exception veut, en sens inverse, que la partie qui se laisse poursuivre par défaut (*per contumaciam*) supporte les frais, alors même qu'en définitive elle gagnerait son procès (4).

Certaines personnes et certains établissements jouissaient du privilége de n'être jamais condamnés aux frais. Pour empêcher que ce privilége

---

(1) Papinian., L. 78, § 2, ff., *de Legat.*, 2°.

(2) L. 1 et L. 2, C. Theod., *de Fruct. et lit. expens.*

(3) Zeno, L. 5, C., *de Fruct. et lit. impens :* cette loi a été restituée par Cujas d'après les basiliques (Cujac., *observ.* XII, 21.) — Cf. Novell. LXXXII, *c.* 10.

(4) Justinian., L. 13, §§ 2, 4, 5, 6, C., *de Judic.*—Cf., L. 15, C., *cod. tit.*, et Novell. LXXXII, *c.* 10.

n'encourageât les personnes auxquelles il était accordée, à intenter ou à soutenir des procès injustes, une constitution d'Anastase étendit le privilége aux personnes non privilégiées, contre lesquelles plaideraient des personnes privilégiées : de cette manière, dans les procès entre privilégiés et non-privilégiés, chaque partie supportait les frais qu'elle avait faits, quelle que fût l'issue du procès (1).

(1) Anastas., L. 6, C., *de Fruct. et lit. imp.* — Nous n'avons pas en France de pareils priviléges : *toute partie* qui succombe doit être condamnée aux dépens (C. pr., art. 130. — Décret du 18 juin 1811, art. 158). — Il faut, toutefois, signaler ici une anomalie bien singulière. Dans les procès qui s'agitent devant le Conseil d'État, entre un particulier et les administrations publiques, représentées soit par un Ministre, soit par un Préfet, le Ministre ou le Préfet n'est jamais condamné aux dépens : le réclamant qui obtient gain de cause n'en doit pas moins supporter, sans répétition, tous les frais qu'il a dû avancer pour obtenir justice. (*Voy.*, sur ce sujet, M. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière administrative*, tome I, n° 357 ; et M. Dufour, *Traité général du droit administratif*, tome I, n[os] 356 et 357.)

FIN DU TOME SECOND ET DERNIER DU TRAITÉ DES ACTIONS.

